

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

LA ADECUACIÓN DEL DERECHO INTERNO AL ESTATUTO DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA
COMPLEMENTARIEDAD Y LA COOPERACIÓN

DOCTORADO EN DERECHO

Bogotá D.C., Colombia
2013

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Martha Hinestrosa Rey

Director del Doctorado: Dr. Edgar Cortés Moncayo

Director de Tesis: Dr. Jaime Córdoba Triviño

Examinadores: Dra. Gloria Patricia Lopera Mesa

Dra. Carmen Eloísa Ruíz López

Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

Dr. Bernardo Vela Orbegozo

Dr. Roberto Carlos Vidal López

TABLA DE CONTENIDO

Introducción

Presentación	9
Estado actual de la discusión	16

CAPÍTULO I

EL MODELO JURISDICCIONAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL BASADO EN EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

1. La complementariedad como principio rector del modelo jurisdiccional de la CPI.....	23
1.1. La definición del modelo jurisdiccional de la CPI	23
2. La Incidencia de la complementariedad en los sistemas nacionales de justicia.	32
3. Las funciones que cumple el principio de complementariedad en la aplicación del sistema de justicia establecido en el ECPI	36
3.1. La función armonizadora del derecho penal internacional atribuida al principio de complementariedad	37
3.2. La función dinamizadora del Derecho nacional atribuida al principio de complementariedad.....	41
3.2.1. Ámbitos en que debe desarrollarse la implementación del Tratado de Roma en los sistemas jurídicos estatales	42
3.2.2. La naturaleza y alcance de los requerimientos de implementación del Tratado de Roma en los sistemas jurídicos estatales	46
3.2.3. Los parámetros que orientan la implementación del Tratado de Roma en los sistemas estatales	51
3.2.3.1. Parámetros para la implementación procesal.....	51
3.2.3.2. Parámetros para la implementación sustantiva	53

3.2.3.2.1. El elemento global o de contexto en los crímenes internacionales	54
3.2.3.2.2. Formas específicas de atribución de responsabilidad individual en crímenes internacionales.....	55
3.2.4. Los principales obstáculos que presenta el proceso de implementación desde el punto de vista jurídico.	63
3.3. La función reguladora de las relaciones entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales, atribuida al principio de complementariedad.	66
3.3.1. La concurrencia de jurisdicciones y el reconocimiento de la jurisdicción preferente de los tribunales nacionales.	67
3.3.2. La adscripción a la Corte Penal Internacional del control sobre su propia jurisdicción, bajo causales de admisibilidad, predeterminadas.....	71
3.3.3. El principio de cosa juzgada: la relatividad del efecto de cosa juzgada interna.	74
3.4. La función de salvaguardia de la soberanía de los Estados, atribuida al principio de complementariedad.....	76
3.4.1. La admisibilidad está regida por estándares exigentes.....	76
3.4.2. La previsión de mecanismos procesales para la preservación de la jurisdicción de los Estados.....	77
3.5. La función limitadora, material y formal, de la jurisdicción de la CPI que se atribuye al principio de complementariedad.....	80
3.5.1. Límites materiales a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. El umbral de gravedad de los crímenes de su competencia.	81
3.5.1.1. El umbral de gravedad específico de los crímenes de guerra.	84
3.5.1.2. El umbral de gravedad específico para los crímenes de lesa humanidad.....	86
3.5.2. Límites formales a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Ámbitos personal, territorial y temporal.	92
4. Conclusión	96

CAPÍTULO II

LA COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS PARTES CON LA CPI EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD	99
1. Consideraciones generales sobre el modelo de cooperación establecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional	99
2. Las formas de cooperación previstas en el Estatuto de Roma	103
2.1. La detención y entrega de personas a la Corte.....	104
2.1.1. El alcance de la obligación de detención y entrega	104
2.1.2. Las exigencias de implementación en materia de detención y entrega	106
2.1.3. La importancia de distinguir las figuras de la entrega y la extradición	107
2.1.4. Los mecanismos para resolver eventuales conflictos entre obligaciones internacionales de entrega y extradición.....	112
2.1.4.1. La resolución de conflictos frente a solicitudes concurrentes de entrega y extradición.....	112
2.1.4.2. Los eventuales conflictos entre la obligación de entrega y otras obligaciones internacionales. El problema de las inmunidades y otros acuerdos bilaterales.....	116
2.2. Las formas de asistencia judicial a la Corte Penal Internacional en la conducción de la investigación y el enjuiciamiento	119
2.2.1. El alcance de la obligación de asistencia judicial	119
2.2.2. Las causales de denegación de la solicitud de asistencia judicial.	120
2.2.3. Las causales de aplazamiento de la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial.....	122
2.2.4. Las exigencias de implementación en materia de asistencia judicial	123
2.3. De la cooperación en materia penitenciaria.....	124
2.3.1. Los rasgos fundamentales del sistema de penas previsto en el Estatuto de Roma.....	124

2.3.2. La naturaleza y alcance de la <i>obligación</i> de cooperar en materia penitenciara.....	125
2.3.2.1. La ejecución de penas punitivas y pecuniarias.....	126
2.3.2.2. Cooperación en relación con las actuaciones orientadas a la reparación.....	129
2.3.2.3. Exigencias de implementación en materia de ejecución de penas y de medidas de reparación	131
3. Balance.....	131

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA COMPARADA SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	135
1. Las modalidades de implementación a nivel global.....	137
2. El proceso de implementación en América	140
2.1. La posición política y jurídica del continente americano frente a la Corte Penal Internacional. Perspectiva general	142
2.2. La política de oposición, a la Corte Penal Internacional, implementada por los Estados Unidos.....	150
2.3. Las formas de implementación adoptadas en el continente americano	157
2.4. La dimensión sustantiva de la implementación	158
2.4.1. La tipificación de los crímenes que conforman la competencia de la Corte Penal Internacional.....	158
2.4.2. La creación de categorías de imputación acordes con el juzgamiento de crímenes internacionales.....	167
2.4.3. La incorporación o ampliación del principio de jurisdicción universal	172
2.4.4. La recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.....	175

2.5. La implementación procesal. La cooperación con la Corte Penal Internacional.....	176
2.5.1. Los mecanismos de comunicación entre la Corte y las autoridades nacionales.....	178
2.5.2. La regulación para hacer posible la entrega de personas a la Corte	182
2.5.3. Los mecanismos de cooperación para la asistencia judicial.....	186
2.5.4. La cooperación en materia de ejecución de sentencias.....	190
2.6. Balance. Verificación del grado de cumplimiento de las funciones adscritas a la complementariedad, y el nivel de satisfacción las exigencias de implementación, en la experiencia de América.	191
3. El proceso de implementación en Europa	197
3.1. La posición jurídica y política del continente europeo frente al tratado fundacional de la Corte Penal Internacional	197
3.1.1. La posición de la Unión Europea.....	198
3.2. Balance sobre el panorama global europeo	214
3.3. Desarrollo de algunas experiencias europeas relevantes	215
3.3.1. La dimensión sustantiva de la implementación.....	215
3.3.1.1. La incorporación de los tipos penales que conforman la competencia material de la Corte.....	215
3.3.1.2. La creación de categorías de imputación acordes con el enjuiciamiento de crímenes internacionales	219
3.3.1.3. La incorporación o ampliación del principio de jurisdicción universal	223
3.3.1.4. La recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.....	225
3.2.2. La implementación procesal. Los mecanismos de cooperación con la Corte Penal Internacional.....	226
3.2.2.1. Los mecanismos de comunicación entre la Corte y las autoridades nacionales.....	226
3.2.2.2. La detención y entrega de personas a la Corte	227

3.2.2.3. Los mecanismos para desarrollar la asistencia judicial.....	232
3.2.2.4. La ejecución de sentencias	236
3.3. Balance. Verificación del grado de cumplimiento de las funciones adscritas al principio de complementariedad en la experiencia europea..	239
4. El proceso de implementación en Asia	243
4.1. El estado actual de la implementación en el continente asiático.....	243
4.2. Filipinas.	244
4.2.1. La posición política y jurídica del Estado Filipino.....	244
4.2.2. La forma de implementación adoptada	246
4.2.3. La dimensión sustantiva de la implementación.....	246
4.2.3.1. La incorporación de los tipos penales que conforman la competencia material de la Corte	246
4.2.3.2. La creación de categorías de imputación acordes con la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales.....	247
4.2.3.3. La incorporación o ampliación del principio de jurisdicción universal	247
4.2.3.4. La recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.....	248
4.2.3.4. La recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.....	248
4.3. Verificación del grado de cumplimiento de las funciones que se atribuyen al principio de complementariedad en la experiencia asiática. .	250
5. El proceso de implementación en África.....	251
5.1. La posición jurídica y política de los Estados en el continente africano	252
5.2. Desarrollo de algunas experiencias africanas relevantes.....	256
5.2.1. La forma de implementación adoptada	256
5.2.2. La dimensión sustantiva de la implementación.....	256
5.2.2.1. La incorporación de los tipos penales que conforman la competencia material de la Corte	256

5.2.2.2. La creación de categorías de imputación acordes con el enjuiciamiento de crímenes internacionales	258
5.2.2.3. La incorporación o ampliación del principio de jurisdicción universal	259
5.2.2.4. La recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.....	260
5.2.3. La implementación procesal. Los mecanismos de cooperación con la Corte Penal Internacional.....	260
5.2.3.1. Los mecanismos de comunicación entre la Corte y las autoridades nacionales.....	260
5.2.3.2. La detención y entrega de personas a la Corte	261
5.2.3.3. La asistencia judicial.....	265
5.2.3.4. La ejecución de sentencias	267
5.3. Balance. Verificación del nivel de cumplimiento de las funciones del principio de complementariedad, y de las exigencias de implementación en África	269

CAPÍTULO IV

EL ESTADO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL CASO COLOMBIANO.....

1. La posición jurídica y política del Estado colombiano frente a la Corte Penal Internacional	274
1.1. La incorporación del Tratado de Roma de la Corte Penal Internacional en el orden jurídico colombiano	274
1.2. Algunos hechos que introducen ambigüedad en la posición jurídica y política de Colombia frente al tratado que creó la Corte Penal Internacional.	284
1.2.1. La declaración sobre el artículo 124 del Estatuto de Roma.....	285
1.2.2. El Acuerdo Bilateral de Inmunidad celebrado entre Colombia y los Estados Unidos.....	292

1.2.3. La ausencia de una implementación integral del Tratado de Roma en el orden jurídico interno colombiano	296
1.3. ¿Puede hablarse de un modelo de implementación acogido por el Estado colombiano?	298
2. Evaluación del sistema jurídico interno a la luz de las necesidades de implementación del Tratado de Roma	299
2.1. Una necesaria precisión.....	300
2.2. La dimensión sustantiva en la normatividad interna.....	301
2.2.1. El grado de incorporación de los crímenes internacionales en el derecho penal interno	301
2.2.1.2. Los crímenes de lesa humanidad en el derecho nacional.....	305
2.2.1.3 Los crímenes de guerra en el derecho nacional.....	310
2.2.2. Los intentos jurisprudenciales para configurar el crimen de lesa humanidad en la práctica judicial.....	313
2.2.3. El problema de la fundamentación de imputaciones penales en los “Principios generales del derecho internacional”	318
2.2.5. Las normas del ECPI que tipifican delitos, no hacen parte del bloque de constitucionalidad	325
2.2.6. La creación de categorías de imputación de responsabilidad penal individual en contextos de actuación colectiva. Énfasis en las formas de intervención criminal	332
2.2.8. La recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.....	340
2.3. La implementación del tratado en materia procesal. Los mecanismos de cooperación en Colombia.....	343
3. Balance. Necesidad de implementación del Tratado de Roma en el sistema normativo colombiano.....	349

CAPÍTULO V

Conclusiones Generales	353
------------------------------	-----

LA ADECUACIÓN DEL DERECHO INTERNO AL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA COMPLEMENTARIEDAD Y LA COOPERACIÓN

Introducción

1. Presentación

Cuando se indaga sobre el balance que arroja la Corte Penal Internacional, (CPI) luego de once años de ejercicio¹, la respuesta se busca en las ejecutorias de este tribunal y se alude a las dos sentencias proferidas², y a las ocho situaciones de crisis que se encuentran en fase de investigación³. Esta percepción parte de una perspectiva equivocada en cuanto cifra las expectativas en la construcción de una justicia penal global, independiente y duradera, únicamente en la existencia de un tribunal penal internacional permanente. Dicho punto de vista prescinde de la verdadera construcción filosófica, jurídica, orgánica, funcional y política que subyace en el planteamiento de un modelo de justicia basado en el principio de *complementariedad*, en el cual las jurisdicciones estatales desempeñan un papel prioritario.

Como consecuencia de esa perspectiva errada, los gobiernos suelen mostrar como evidencia de su buena disposición para formar parte del modelo de

¹ El Estatuto de la Corte Penal Internacional entró en vigor el 1° de julio de 2002, luego de 60 ratificaciones, tal como se estableció en el artículo 126 del mismo instrumento.

² El 14 de marzo de 2012 la Corte Penal Internacional profirió la primera sentencia en la situación de la República Democrática del Congo, en el caso Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo, líder rebelde congolés sentenciado a 14 años de prisión, por el crimen de alistamiento, conscripción y uso de menores para participar en las hostilidades. El 18 de diciembre de 2012, profirió su segunda sentencia en la situación de la República Democrática del Congo en el caso de Mathieu Ngudjolo Chui, absolviéndolo de crímenes de guerra (homicidio intencional, ataque a población civil, pillaje, reclutamiento ilícito), y de lesa humanidad (esclavitud y violencia sexual). (International Criminal Court. ICC "Situations and Cases" [En línea, Agosto 8 de 2013] Disponible en: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/cases/Pages/cases%20index.aspx).

³ Se encuentran abiertas siete investigaciones de situaciones de crisis así: (i) Por remisión de Estados Partes: República Democrática del Congo, Uganda del Norte, República Centro Africana y Malí. (ii) Por remisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: Darfur (Sudán) y Libia; (iii) Por iniciativa del Fiscal, autorizado por la Corte; Kenia y Costa de Marfil. En cada una de esas situaciones se encuentran varios casos (Ibídem).

justicia establecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) y por esa vía, de su compromiso con la defensa de los valores en que se asienta la comunidad internacional en su conjunto, su adhesión a dicho tratado, y a lo sumo, la ratificación de los instrumentos complementarios al mismo, vale decir, los Elementos de los crímenes y las Reglas de procedimiento y prueba. Este es el caso colombiano, en donde los gobiernos han proclamado sucesivamente su condición de Estado Parte del ECPI, como muestra de su compromiso con la justicia penal internacional.

Este trabajo pretende demostrar que la sola ratificación del tratado y de sus acuerdos complementarios, no es suficiente para que un Estado se articule efectivamente al sistema de justicia diseñado en el Estatuto de Roma y concurra a conformar ese modelo de justicia, de manera funcional y armónica. Para el efecto, sostenemos que de dicho tratado emanan obligaciones - no potestades - de implementación para los Estados Partes, que se proyectan en exigencias de desarrollo legislativo interno y adecuación normativa en dos ámbitos: el sustantivo y el procesal. El primero se inscribe en la dimensión sustantiva de la complementariedad, y reviste importancia para el ejercicio de la jurisdicción prioritaria que el tratado prevé en favor de los Estados Partes; y el segundo, corresponde al ámbito de la cooperación, y adquiere pleno sentido cuando la CPI asume la jurisdicción complementaria.

Para enfrentar esta cuestión se hace necesario dilucidar algunos aspectos relevantes como las funciones que cumple el principio de complementariedad en el modelo de justicia diseñado en el Estatuto de Roma y sus implicaciones para los Estados Partes del tratado; el alcance de las obligaciones que surgen para éstos, en materia de implementación sustantiva y procesal; la naturaleza jurídica de las normas del tratado (sustantivas y procesales) a efecto de definir si son autoejecutables, ó si forman parte del bloque de constitucionalidad; la manera en que los Estados Partes han enfrentado las implicaciones del principio de complementariedad en sus sistemas normativos internos; las consecuencias, en el plano nacional e internacional, de la no implementación o de una implementación deficiente del tratado, con particular referencia al caso colombiano.

Para demostrar la hipótesis planteada, y adoptar una postura frente a las discusiones anexas a la cuestión principal formulada y que inciden en ella, se

seguirá la siguiente metodología. En primer lugar, se analizará pormenorizadamente el principio de complementariedad, identificando las *funciones* que cumple en el sistema del Estatuto, y las obligaciones que emanan de este principio para los Estados, en materia de implementación sustantiva. En segundo lugar, se analizará el modelo y las formas de cooperación establecidos en el Estatuto, a fin de identificar las exigencias de implementación procesal que surgen respecto de cada una de ellas. En tercer lugar, se observará la experiencia de Estados Partes pertenecientes a diferentes continentes y tradiciones jurídicas, en lo que concierne a la implementación del tratado en sus sistemas jurídicos estatales, a fin de determinar cómo han incidido en esa regulación las funciones derivadas del principio de complementariedad, y si se han satisfecho las exigencias de implementación procesal emanadas de la obligación de cooperar.

Para realizar la observación de derecho comparado, en primer término, se efectuará un balance general de lo que ha sido el proceso de implementación en cada continente, luego se seleccionarán los Estados que ofrecen sistemas de adecuación normativa más completos y, respecto de éstos se hará una presentación de su experiencia en torno a unas variables seleccionadas. Éstas se definen en función de su capacidad demostrativa de la disposición política y jurídica de los Estados de articularse efectivamente al sistema de justicia diseñado en el tratado; del grado de cumplimiento de las funciones que se derivan del principio de complementariedad; y del nivel de satisfacción de las exigencias de implementación para efectos de la cooperación, que deben brindar a la CPI.

Las variables seleccionadas aplicables al análisis de la dimensión sustantiva de la implementación son: (i) la posición política y jurídica del Estado; (ii) la tipificación de los crímenes internacionales en el derecho interno; (iii) la incorporación de categorías de imputación apropiadas para el manejo de criminalidad de sistema; (iv) la recepción en el derecho nacional de principios como la jurisdicción universal o la imprescriptibilidad respecto de crímenes internacionales. En tanto que para el análisis de la implementación procesal se eligieron las siguientes variables: (i) los órganos de cooperación y comunicación con la CPI; (ii) la detención y entrega de una persona a la Corte; (iii) otras formas de asistencia judicial; y (iv) la ejecución de sentencias.

El caso colombiano será estudiado de manera separada, aplicando en lo que resulte pertinente, las mismas variables utilizadas en el análisis de derecho comparado.

A través de este método se pretende propiciar una mirada transversal sobre el avance del proceso de implementación del Tratado de Roma en el concierto de países que integran la Asamblea General de Estados Partes, y ubicar el caso colombiano en ese contexto. Lo que resulte de este análisis constituirá un elemento relevante para confirmar o descartar la hipótesis planteada sobre la obligatoriedad de implementación del Tratado de Roma, en aspectos sustanciales y procesales.

Mi interés por este tema surgió como consecuencia de mis búsquedas académicas como docente de la asignatura de derecho penal internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Una aproximación inicial a esta disciplina conlleva necesariamente al estudio del Tratado de Roma y de las razones éticas, históricas, jurídicas y políticas que subyacen en este consenso universal en favor de la lucha contra la impunidad, y por la vigencia de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Esa primera mirada induce a creer que la aplicación del derecho penal internacional tiene lugar únicamente allí, en el escenario de la Corte Penal Internacional, de los tribunales *ad-hoc* que le precedieron y quizás, en el ámbito de la jurisdicción universal. Pero una vez se tiene una mejor comprensión del modelo de justicia allí establecido, de las implicaciones del principio de complementariedad que lo rige, y del carácter descentralizado del sistema jurisdiccional allí establecido, pronto se advierte que los avances del derecho penal internacional hay que buscarlos también, y de manera prioritaria, en los sistemas estatales de justicia.

Alcanzada esta certeza, una mirada superficial al contexto universal permite intuir que son muy escasos los Estados que han asumido a cabalidad su condición de satélites del sistema de justicia global establecido en el Convenio de Roma, y por ende las labores de implementación. Quisimos entonces profundizar en este tema, y contrastar los hallazgos logrados en la observación de la experiencia comparada, con el estado actual de desarrollo

del sistema normativo colombiano, en lo que concierne a su adecuación, tanto para el ejercicio de la competencia prioritaria que se deriva del principio de complementariedad (dimensión sustantiva), como para habilitarse para prestar una cooperación eficaz a la CPI (dimensión procesal).

El trabajo se presenta a través de cuatro capítulos. En el primero, se caracteriza el principio de complementariedad a través de las funciones que cumple como eje fundamental que articula y define el modelo jurisdiccional establecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Se le adscriben una serie de funciones: *armonizadora* del derecho penal internacional; *dinamizadora* del desarrollo legislativo de los Estados Partes; *reguladora* de las relaciones entre la jurisdicciones internacional y las estatales; *preservadora* del principio de soberanía estatal; y *limitadora*, material y formal, de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Todas ellas confluyen en la idea de mantener un delicado equilibrio entre la defensa de los intereses de la comunidad internacional, en particular, el de controlar la impunidad en materia de crímenes internacionales, y la preservación de la soberanía de los Estados.

En el segundo capítulo, se desarrolla el régimen de cooperación establecido en el Estatuto (Partes IX y X), como una dimensión del principio de complementariedad. En este aparte se identifica el modelo de cooperación establecido así como la naturaleza y alcance de las obligaciones que emanan de estos preceptos para los Estados Partes. Este examen se realiza respecto de cada una de las formas de cooperación (detención y entrega; asistencia; y ejecución de sentencias), a efecto de identificar las exigencias de implementación que se derivan de cada una de ellas. Se establecen diferencias entre la entrega a la Corte y la extradición a un Estado, como formas de cooperación que coexisten y tienen aplicación en diferentes ámbitos; y se alude a los posibles conflictos que puedan surgir en desarrollo de estas formas de cooperación, y los mecanismo de solución previstos en el tratado.

En el tercer capítulo, se aborda el estudio de derecho comparado, por continentes, sobre el estado de desarrollo de la implementación del tratado en el concierto de países que son miembros de este acuerdo. En cuanto al continente americano, se presenta una semblanza general sobre cómo se ha

enfrentado a nivel regional este asunto; para ello tiene una notable incidencia la política de oposición a la CPI desarrollada por los Estados Unidos de América, a través del impulso de los denominados Acuerdos Bilaterales de Inmunidad (ABI), y en otro sentido, el liderazgo de Canadá en el avance en la implementación del tratado. El análisis, a partir de las variables seleccionadas, se realiza respecto de los sistemas legales de Canadá, Argentina, Chile, Costa Rica, Perú y Uruguay.

En el continente europeo, el análisis regional se centra en la postura asumida por la Unión Europea frente a la CPI, como organización que tiene una amplia representatividad en el continente. Luego de presentar de manera general el proceso de adhesión de los Estados Partes, el análisis conforme a variables, se efectúa sobre las leyes de implementación de Alemania, Francia, España, Países Bajos, Reino Unido, y la Confederación Suiza.

En cuanto al continente asiático, se efectúa así mismo el balance regional, en tanto que el análisis específico, conforme a variables, únicamente se aplica a Filipinas, dado el reducido número de Estados que en este continente han asumido la implementación, y a las dificultades de acceso a información.

La experiencia del continente africano se evalúa tomando en cuenta las activas relaciones que éste ha tenido con la CPI, comoquiera que todas las situaciones y los casos abiertos en este tribunal se originan en su territorio. De manera específica, y conforme a variables, se analizan los casos de Kenia, Malí, Senegal, Sudáfrica y Uganda.

En el cuarto capítulo, se estudia el caso colombiano, indagando por la posición política y jurídica que ha asumido el Estado en su conjunto, y el Gobierno en particular, frente al Tratado de Roma. Este aspecto global es ilustrado a partir de algunos episodios significativos como el inusual mecanismo utilizado para la adhesión al tratado; la ratificación de los acuerdos complementarios; los pronunciamientos del tribunal constitucional sobre uno y otros; el depósito de una declaración conforme al artículo 124 del Estatuto; la suscripción de un Acuerdo Bilateral de Inmunidad con los Estados Unidos, acudiendo a la forma del “acuerdo ejecutivo”; y la no implementación del tratado en el sistema normativo estatal. Constatado este

último aspecto, se hace una valoración del sistema normativo sustantivo, a efecto de establecer su grado de adecuación para ejercer la jurisdicción prioritaria frente a crímenes internacionales, que le adscribe su condición de Estado Parte, así como las condiciones normativas existentes para cooperar con la Corte.

Este análisis, en relación con la parte sustantiva, se realiza aplicando las mismas variables utilizadas en el estudio de derecho comparado, lo que impone asumir una postura acerca de asuntos problemáticos como: si en el estado actual de desarrollo normativo, en Colombia se puede aplicar la categoría de “crimen de lesa humanidad”; el principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales frente al artículo 28 constitucional; si las descripciones típicas previstas en el Estatuto pueden ser aplicadas en el sistema nacional por la vía de la teoría del bloque de constitucionalidad, o de la eventual auto ejecutabilidad de las normas sustantivas del tratado. En lo que concierne a la implementación en materia de cooperación, ante la ausencia de desarrollo normativo interno, se explora la posibilidad de la aplicación directa de las normas del tratado.

Los principales aportes que se pretenden hacer con este trabajo al estado de la discusión son: *(i)* avanzar en la comprensión de la implementación del Tratado de Roma en los sistemas internos de los Estados Partes como una obligación, no como una potestad, que se deriva no solamente de la parte IX de ese instrumento (cooperación), sino del Preámbulo y del objeto y fines del tratado. Bajo esta comprensión, *(ii)* destacar la importancia de la dimensión sustantiva de la implementación como herramienta para fortalecer el ejercicio de la jurisdicción prioritaria de los Estados, y propender por la armonización del derecho penal internacional. *(iii)* Poner de manifiesto que la sola suscripción y ratificación del tratado apenas constituye una postura política y formal, importante pero no suficiente, frente a los verdaderos compromisos que se derivan del tratado. *(iv)* Suministrar insumos teóricos para la elaboración de las leyes de implementación en los Estados que no han asumido esta labor.

1. Estado actual de la discusión

El tema de la adecuación de los sistemas normativos estatales al Estatuto de la Corte Penal Internacional, o lo que es lo mismo, la implementación del tratado en los ordenamientos jurídicos internos, no es un asunto que haya tenido amplios desarrollos en la doctrina nacional e internacional, a pesar de sus estrechos vínculos con dos materias respecto de las cuales sí existe abundante literatura: la complementariedad y la cooperación de los Estados con la CPI.

Focalizándonos en el marco específico de este trabajo, encontramos en el ámbito internacional el notable aporte del profesor Gerhard Werle quien en su Tratado de Derecho Penal Internacional⁴, dedica un aparte especial a la “*Implementación del derecho penal internacional en el derecho interno*”, en el cual destaca la importancia de la implementación como presupuesto para el pleno funcionamiento del sistema de la Corte, y plantea las opciones y las formas de implementación que se pueden presentar, con énfasis en el ámbito sustancial, indicando que la solución más propicia al derecho internacional es llevar a cabo una recepción completa de la normas sustantivas del Estatuto. Sin embargo, sostiene que existe una gran discrecionalidad para los Estados al respecto, comoquiera que el Estatuto de la CPI no establece ninguna obligación de incorporar sus preceptos en el derecho interno.

En el escenario español, la profesora Carmen Quesada Alcalá en su texto “*La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*”⁵, hace una sintética referencia al tema de la promulgación de leyes internas de cooperación judicial con la CPI y menciona algunas regulaciones para indicar las formas diversas de implementación a las que han acudido los Estados, particularmente los europeos, mediante modificación de los códigos preexistentes, o a través de leyes independientes, algunas de las cuales incluyen tanto la dimensión sustantiva como la procesal. Advierte que la tendencia que se identifica es a efectuar una implementación procesal,

⁴ WERLE, G. Tratado de Derecho Penal Internacional, Valencia: Tirant lo Blanc, 2005.

⁵ Quesada, C. La Corte Penal Internacional y la Soberanía de los Estados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

aceptando su carácter obligatorio, sin que sienta una postura sobre si existe obligación de implementar en la dimensión sustancial. Se concentra en el análisis de la ley orgánica de cooperación promulgada en España, concluyendo que a pesar de sus deficiencias, establece el marco necesario.

Acudiendo a un planteamiento más operativo, enfocado en preocupaciones específicas de articulación entre los sistemas procesales universal y estatal, el profesor Héctor Olásolo Alonso (2009), plantea en sus textos *Apuntes prácticos sobre el sistema de cooperación previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y Reflexiones sobre la necesidad de ajustar las legislaciones nacionales*⁶, una serie de interrogantes acerca del alcance de la obligación general de cooperación prevista en el artículo 86 del ECPI y destaca la importancia de que las legislaciones internas de implementación procesal tomen en cuenta una diferenciación entre la cooperación en la fase de activación de la jurisdicción abstracta de la CPI, y la que se desarrolla en el proceso estrictamente penal. Así mismo, recalca la necesidad de regular la dimensión civil de la cooperación, es decir aquella encaminada a efectivizar medidas que afectan derechos sobre bienes y activos, con miras a garantizar la reparación.

Especial mención merecen los trabajos desarrollados por el Grupo latinoamericano de estudios sobre derecho penal, con apoyo de la Fundación Konrand Adenauer y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen (Alemania). La cuarta publicación del grupo se dedica a *La experiencia latinoamericana en la adecuación del derecho interno al Estatuto de la Corte Penal Internacional en materia de cooperación y asistencia judicial*. La coordinación está a cargo del profesor Kai Ambos, de Ezequiel Malarino y de Gisela Elsner. En ella se registran aportes de consultores de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Italia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela⁷, sobre el nivel de desarrollo en cada uno de esos países, de la adecuación de los sistemas nacionales para hacer posible la cooperación con la CPI. En el caso colombiano, el informe es presentado por el profesor Alejandro David Aponte

⁶ OLÁSULO ALONSO, Héctor. Ensayos sobre la Corte Penal Internacional. Bogotá: Universidad Javeriana. 2009.

⁷ Algunos de estos informes son referenciados en el capítulo III para la presentación del estado de la implementación en el continente americano.

Cardona. Su intervención se concentra en hacer una presentación estructural de los dos proyectos de ley que han cursado en el Congreso de la República (No.225/04 y No. 040/06), con el propósito de cumplir con el deber previsto en el artículo 88 del ECPI. Efectúa una crítica a esas iniciativas legislativas centrada en el exceso de casuismo, lo cual, a su juicio, crea obstáculos en la aplicación de una ley de cooperación. Concluye afirmando que los proyectos perfilan más una ley de asignación de competencias que de cooperación. Destaca la omisión de una suficiente regulación de las garantías en materia de entrega de personas y de traslado de testigos.

En otra entrega de este grupo de trabajo denominada *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación e implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2007)*, se consignan informes de los mismos países acerca del Estado de estos procesos en cada uno de ellos. En la introducción de este documento el profesor Kai Ambos, alude al amplio margen con que cuentan los Estados para la implementación, no obstante reconoce que una negativa a implementar no constituye una opción. Señala que esa discrecionalidad permite a los Estados optar por una implementación *completa o limitada*. La primera, se caracteriza por una remisión al Estatuto de Roma en su totalidad o en determinadas partes, o una codificación por separado de las respectivas partes del ECPI en el derecho nacional. Si se opta por la segunda, la cual califica como solución mínima, implica la introducción de las normas de procedimiento necesarias para la cooperación, y los delitos contra la administración de justicia. En el informe sobre Colombia, el profesor Aponte Cardona, luego de señalar que en el sistema legal colombiano se han *“incorporado prácticamente todos los crímenes internacionales materia del Estatuto de Roma”*, focaliza su informe en las implicaciones de la Ley de Justicia y Paz.

Bajo la edición de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, y la dirección del Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo, se publicó en el 2003 un estudio de derecho comparado, a nivel latinoamericano, cuyo objetivo es el de establecer *“cómo está previsto, y de qué modo es posible en los ordenamientos penales de los diferentes Estados, el castigo de crímenes internacionales a través de tribunales nacionales, qué deficiencias presenta frente al derecho penal internacional vigente con miras al ejercicio de tal poder punitivo nacional, y qué reformas*

se han realizado o se planean para posibilitar la persecución nacional de crímenes internacionales”⁸. En este trabajo el profesor Kai Ambos expone algunas precisiones sobre los requerimientos de la implementación en Latinoamérica, reiterando su postura ya expresada en el sentido que lo más recomendable es una implementación total o completa. Sin embargo, a su juicio, el deber inexcusable de implementar se ubica en el aspecto procesal y la incorporación de los delitos contra la administración de justicia. En cuanto a los modelos a seguir señala que dependen de las exigencias constitucionales de cada Estado, y de su tradición jurídica, comoquiera que la mayoría de los países de Latinoamérica pertenecen al sistema del *civil law*, lo cual no les permite una aplicación directa de las normas penales internacionales, por las exigencias del principio de legalidad estricta. Sobre esa base concluye que las opciones posibles para los países latinoamericanos son: la adopción literal de los artículos 5, 6, 7 y 8 del ECPI, ó una codificación nueva en la parte especial del Código Penal, ó en una ley especial.

Emanuela Fronza y Ezequiel Malarino en un artículo denominado *El efecto armonizador del Estatuto de la Corte Penal Internacional*⁹ sostienen que el ECPI como fuente principal del derecho penal internacional constituye además el punto de referencia para su implementación en los sistemas internos. Para ellos, se trata de una implementación facultativa, en el escenario que posibilita el ejercicio de la jurisdicción estatal prioritaria; y obligatoria en el ámbito en que hace posible la cooperación con la Corte, y en la tipificación de los delitos contra la administración de justicia. A la CPI corresponde juzgar el grado de adecuación de los derechos nacionales y de esta manera irá determinando el mínimo grado de armonización requerida.

En Colombia el tema presenta muy escasos desarrollos. En uno de los trabajos pioneros sobre derecho penal internacional, cuando el tema de la implementación del ECPI en el derecho nacional aún no era materia de discusión, Jaime Córdoba Triviño (2001) advertía sobre “*la necesidad de idear instrumentos de cooperación internacional para [el] control*” de las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional

⁸ Apartes del prefacio e introducción a este trabajo elaborado por el profesor Albin Eser y Helmut Kreicker.

⁹ En: DELMAS-MARTY, Mireille, PIETH Mark, SIEBER Ulrich. Los caminos de la armonización penal. Valencia: Titrant lo Blanch, 2009

humanitario, y se anticipaba a los problemas de legitimidad que podrían surgir por el déficit legislativo en el ámbito nacional: *“al no existir legislación interna que permita la sanción de (...) las conductas constitutivas de crímenes de guerra y de lesa humanidad, en muchos casos se ha llegado a comprometer seriamente la vigencia del principio de legalidad o simplemente a una total impunidad”*¹⁰.

Aludiendo a la experiencia de los tribunales *ad-hoc* para Ruanda y para Yugoslavia, y a las debilidades de los Estatutos que los rigen en materia de legalidad, subrayó *“la necesidad de que los Estados tipificaran en sus ordenamientos internos los crímenes de derecho penal internacional para así establecer una adecuada cooperación entre el ámbito interno y el ámbito internacional”*¹¹. Ya se avizoraba en su planteamiento la función armonizadora del derecho penal internacional que cumple el ECPI, y la idea de que la aplicación de este segmento del derecho punitivo, no sólo tiene lugar en los tribunales internacionales, sino que también es tarea de los tribunales nacionales: *“Al hablar de derecho penal internacional se debe tener en cuenta no sólo la normatividad internacional, sino también el modo en que ese orden jurídico ha encontrado amparo en el ámbito interno y la forma en que ha sido recibido por la jurisprudencia nacional”*¹².

El profesor Alejandro Aponte, quien ha elaborado los informes sobre Colombia en el marco del Grupo de estudio sobre Corte Penal Internacional del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Göttingen (República Federal de Alemania), luego de hacer una semblanza del sistema normativo colombiano, enfocado hacia la parte sustantiva, sostiene que en Colombia existe una normatividad *“consistente y apropiada”* para la persecución penal de los crímenes internacionales, y destaca el exceso de normatividad sobre el particular. Su punto de vista se encuentra en un escenario distinto al de este trabajo, toda vez que concede una reducida importancia a la implementación, soportando el peso de su valoración en aspectos fácticos de la realidad nacional como el conflicto armado y la percepción de impunidad generalizada, bajo la consideración de que un análisis sobre implementación

¹⁰ CÓRDOBA, T, Jaime. Derecho Penal Internacional. Bogotá: Ibáñez. 2001. pp. 15.

¹¹ *Ibidem*, p. 16

¹² *Ibidem*, p. 34.

no se puede hacer al margen de la discusión sobre validez y eficacia de las normas. En este sentido, afirma que *“Una de las mayores paradojas que ofrece el caso colombiano es el contraste mayúsculo entre la cantidad de normas que regulan todos los aspectos posibles y su escaso resultado práctico y efectivo. En comparación con otras naciones, puede decirse sin duda que desde el punto de vista legislativo – y, desde luego, más allá de las diferencias, por ejemplo, entre la forma en que se regula el genocidio en el Código Penal, y la manera como se regula en el Estatuto de Roma – hay una normatividad consistente y apropiada. Por supuesto debe ser implementada, pero existe y el debate legislativo ha sido rico”*¹³. Para Aponte el déficit no se ubica en el ámbito de la implementación sino *“en la creación de un lenguaje cultural en función del derecho”*¹⁴.

Augusto Ibáñez¹⁵ señala que el compromiso del Estado colombiano frente a la creación de una Corte Penal Internacional va más allá de la aprobación y ratificación del tratado, estando obligado a su implementación. No obstante señala que dicho tratado, de manera integral, forma parte del bloque de constitucionalidad, aspecto que este trabajo abordará en sentido distinto.

Este panorama se puede sintetizar señalando que la preocupación por la adecuación de los sistemas jurídicos estatales a las exigencias de implementación del Tratado de Roma es reciente y que en consecuencia la producción teórica sobre el particular no es muy abundante. Ha sido la doctrina extranjera – Werle, Ambos, Malarino, Fronza – la que ha abordado con mayor especificidad, los problemas fundamentales que se pretenden enfrentar en este trabajo: el alcance de la obligación de implementación del Tratado de Roma en los sistemas internos y el poder armonizador, dinamizador y regulador que cumple el principio de complementariedad. En todos estos planteamientos es común la idea de una amplia discrecionalidad de los Estados en la manera de asumir la implementación, y el carácter obligatorio únicamente en lo que concierne a la cooperación y a la tipificación de los delitos contra la administración de justicia.

¹³ APONTE, C. Caso Colombia, En, Persecución nacional de crímenes internacionales. Montevideo: Instituto Max Planck y KAS. 2003. p. 253.

¹⁴ *Ibidem*. p. 256.

¹⁵ El sistema penal en el Estatuto de Roma. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 121 y 122.

CAPÍTULO I

EL MODELO JURISDICCIONAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL BASADO EN EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

En este capítulo se desarrollará el concepto de complementariedad como modelo jurisdiccional plasmado en el ECPI. Se identificarán los ejes sobre los cuales se articula este principio regulador de las relaciones entre el tribunal internacional y los sistemas nacionales de justicia. Se adscriben a este principio una serie de funciones a través de las cuales se teje todo un engranaje sistémico que concurre a la construcción de un modelo de justicia orientado a mantener un delicado equilibrio entre la soberanía y autonomía normativa e institucional de los Estados, y el reforzamiento de los valores en los que se sustenta la comunidad internacional. Todo ello, en procura del logro del fin último que subyace en esta construcción: enfrentar la impunidad y prevenir los denominados crímenes internacionales, a través de un modelo de justicia penal que articula los sistemas nacionales y la Corte Penal Internacional, en un esfuerzo mancomunado por lograr justicia penal internacional, respetable y duradera.

Las funciones que se atribuyen al principio de complementariedad están referidas a: *(i)* el efecto armonizador que despliega el principio de complementariedad sobre los ordenamientos jurídicos estatales, incidiendo en la construcción de un derecho penal internacional que se aplica no solamente en el ámbito internacional, sino también en el nacional; *(ii)* su papel dinamizador del desarrollo legislativo de los sistemas penales internos, para lo cual es preciso identificar los ámbitos en que se proyecta este impulso normativo, la naturaleza de las obligaciones que genera para los Estados Partes, así como los lineamientos que deben orientar ese trabajo legislativo, y los obstáculos más relevantes que dicho desafío plantea. Se destaca así mismo *(iii)* la función reguladora de las relaciones entre el tribunal internacional y los Estados que se adscribe al principio de complementariedad, la cual se hace particularmente visible en aspectos tales como la concurrencia de jurisdicciones (nacionales e internacional), la posición preferente que se asigna a las jurisdicciones nacionales, la potestad de control sobre su propia jurisdicción que se reconoce a la CPI, la

relatividad del efecto de cosa juzgada, y la configuración de unos mecanismos de impugnación de la jurisdicción internacional. Se identifican así mismo en la complementariedad la (iv) función de salvaguardar la soberanía estatal; y (v) de proveer de un marco y unos límites materiales y formales a la relación entre las jurisdicciones interestatal y las nacionales.

1. La complementariedad como principio rector del modelo jurisdiccional de la CPI

1.1. La definición del modelo jurisdiccional de la CPI

La definición del modelo jurisdiccional que habría de regir a la Corte Penal Internacional fue una materia que desató las más amplias controversias de contenido jurídico y político, durante el proceso que condujo a su creación¹⁶. Estas discusiones resultan explicables, por múltiples razones, como la estrecha relación existente entre jurisdicción y soberanía nacional, la histórica reticencia de los Estados a ceder su jurisdicción sobre determinados crímenes a un órgano internacional; la idea tradicional según la cual el derecho penal es un ámbito bajo el exclusivo dominio del poder estatal; la tolerancia o participación que en ocasiones tiene el poder político local en estos crímenes; la reserva de algunos Estados a someter al examen y supervisión de un órgano internacional el ejercicio de su jurisdicción, o el temor de otros a que tal opción de justicia debilite sus sistemas nacionales de justicia, o actúe en detrimento del juicio justo y efectivo prescrito en sus constituciones nacionales¹⁷.

Del modelo jurisdiccional seleccionado para la operatividad de la CPI dependería el tipo de relaciones que se establecería entre la jurisdicción internacional y las jurisdicciones nacionales, la naturaleza de la cooperación

¹⁶ Un importante grupo de estados, conformado por aquellos que sostenían una posición crítica frente a los poderes de la Corte (entre el que se encontraban Estados Unidos, Japón, China, Israel, Gran Bretaña, gran parte de los países árabes y México), defendió la idea de adoptar un sistema de comunicación entre los Estados y el tribunal internacional que respetara las líneas tradicionales del derecho interestatal de extradición y asistencia mutua, caracterizado por una relación *horizontal* entre los Estados, frente a quienes consideraban imprescindible la instauración de un régimen de cooperación esencialmente distinto fundado en una relación *vertical* entre la Corte y los Estados.

¹⁷ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: "La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: la Corte Penal Internacional", en Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pp 234-235.

requerida, y los elementos en los que se sustentaría el deseable equilibrio entre, la preservación de la soberanía y la autonomía normativa de los Estados, y la realización de los valores de la comunidad internacional. Dentro de estos últimos aparecía como interés prioritario la lucha eficaz y permanente contra la impunidad respecto de los más graves crímenes que representan una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad¹⁸.

La cuestión relativa a la prioridad¹⁹, al carácter preferente, o a la primacía²⁰ como formas de describir las relaciones entre las jurisdicciones nacional e internacional, constituye un asunto de suma relevancia frente a la soberanía entre naciones, y a su autonomía normativa. Por ello, uno de los temas que dio lugar a una intensa puja de poderes en la Conferencia de Roma previa a la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, fue la determinación del modelo jurisdiccional que habría de adoptarse, del cual dependería, en el plano jurídico, el esquema de relación a establecerse entre las jurisdicciones

¹⁸ Estatuto de Roma. Preámbulo, párr. 3.

¹⁹ Para Eser, de acuerdo con el modelo adoptado por el Estatuto la justicia nacional tiene *prioridad* porque cuando la justicia de un Estado está conociendo de un asunto o lo ha sentenciado, no es admisible la intervención de la CPI (art. 17 inciso 2ª y 2b; y art. 20). No obstante la *prioridad* que, en principio, apoya a la jurisdicción nacional tiene límites en aquellos casos en que se muestra como incapaz o renuente a cumplir con la función de perseguir y sancionar la comisión de un delito internacional. Surge en estos casos una concurrencia de competencias, entre los tribunales nacionales y el internacional, en donde *prevalecería* esta última conforme al principio de supremacía. Esta *prevalencia* se justifica en la medida que si se permitiera que un tribunal nacional resolviera sobre sí mismo si imparte adecuadamente la justicia, la actuación de la CPI estaría a merced de los tribunales de justicia nacionales. Dado que el Estatuto de Roma no quiso ponerse en manos de los tribunales nacionales (Art. 17.2) *“a pesar de la vigencia del principio de prioridad de la jurisdicción nacional al final es preponderante la ‘primacía’ de la CPI”*. (Eser, Albin. “En el camino hacia una Corte Penal Internacional: formación y estructura del Estatuto de Roma. En El Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus implicaciones en el derecho nacional de los países latinoamericanos. Max – Plank, Cepolcrim, México 2004).

²⁰ Este fue el modelo de relación que se estableció entre la jurisdicción de los Tribunales Ad-hoc (Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia y Tribunal Penal Internacional de Ruanda) creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con fundamento en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, y las jurisdicciones de los Estados. Está previsto en los artículos 9 y 10 del ETPIY, y 8 y 9 del ETPIR y se caracteriza por: (i) la concurrencia de la jurisdicción internacional con las jurisdicciones nacionales; la actuación de la jurisdicción internacional excluye toda actuación de las jurisdicciones nacionales; (iii) las jurisdicciones nacionales están legitimadas para actuar solo en tanto no actúe la jurisdicción internacional; (iv) la jurisdicción internacional puede solicitar en cualquier estadio del procedimiento, oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor; (v) la jurisdicción internacional puede actuar, una vez dictada sentencia en firme por las jurisdicciones nacionales, cuando: a) Los hechos fueron calificados por aquellos como delitos ordinarios; b) los hechos no fueron perseguidos por la Fiscalía con la suficiente diligencia o las actuaciones nacionales no fueron independientes, o imparciales, o estuvieron dirigidas a proteger al acusado frente a la responsabilidad penal individual en la que pudiere haber incurrido. El ECPI se aparta radicalmente de este modelo de *“primacía”* del Tribunal Internacional, para transitar a la *“complementariedad”*.

nacionales y la internacional²¹, y en el plano político, una mayor o menor disposición de los Estados para adherir al tratado.

Las alternativas posibles para la construcción del modelo de jurisdicción de la CPI²², eran en primer lugar, la instauración de una Corte que actuara como instancia para resolver los conflictos entre las jurisdicciones penales nacionales, dada la imposibilidad del cumplimiento de esta función por parte del Tribunal Internacional de Justicia²³, comoquiera es esta una Corte que ejerce jurisdicción sobre Estados y con su consentimiento. Un segundo modelo sugerido, fue el de una Corte con jurisdicción exclusiva y obligatoria sobre determinados crímenes, que si bien ofrecía la posibilidad de desarrollar un cuerpo normativo coherente y consistente, comportaba así mismo una extraordinaria afectación a la soberanía nacional, sin que los Estados estuviesen preparados para el efecto. Esta alternativa permitió avanzar en una reflexión acerca de cómo debería estar configurada la competencia material de la Corte. Un último modelo propuesto fue el de una Corte con jurisdicción complementaria de las jurisdicciones nacionales, en virtud del cual la jurisdicción nacional contara con los nexos jurisdiccionales suficientes basados en la territorialidad, en la nacionalidad (activa o pasiva) o en los intereses del Estado para conocer de un asunto, y al mismo tiempo, bajo determinadas circunstancias, la CPI tendría jurisdicción sobre esos mismos crímenes.

Este último modelo jurisdiccional, instituido bajo el principio de complementariedad, fue adoptado desde el Preámbulo del Estatuto y está presente como eje estructural de toda la configuración del sistema de justicia

²¹ ESER, Albin. "En el camino hacia una Corte Penal Internacional: formación y estructura del Estatuto de Roma en, El Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus implicaciones en el derecho nacional de los países latinoamericanos. Max – Plank, Cepolcrim, México 2004.

²² Carmen Quesada, op cit. p. 236, 237, hace referencia a las tres principales alternativas que se perfilaban como posibles para la construcción de un modelo jurisdiccional para la CPI, con los matices internos y las limitaciones de cada una de esas opciones, siguiendo para el efecto los planteamientos de BASSIOUNI, M. Ch. y Blakesley Ch. L. , en "The Need for and International Criminal Corti in the New International World Order".

²³ Sobre las serias dificultades a las que se enfrenta este tribunal para conocer de este tipo de controversias, se recuerda la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de abril 11 de 2000, en el caso promovido por la República Democrática del Congo contra Bélgica, por la orden de arresto emitida por uno de sus tribunales, en ejercicio del principio de jurisdicción universal, contra el Ministro de Asuntos Exteriores del Congo (Yerodia Ndombasi) por la comisión de violaciones graves al derecho internacional humanitario. El tribunal llegó a la conclusión de que Bélgica había vulnerado las normas internacionales relativas a la inmunidad.

allí establecido. En efecto, el párrafo 4° del Preámbulo del Estatuto declara que *“los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”*, y recuerda que *“es deber de todo estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales”*. En tanto que el 10° destaca que *“la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”*²⁴. Esta declaración es ratificada en idénticos términos en el artículo 1° ECPI, y desarrollada en los artículos 17 a 20 ibídem, a través de una serie de reglas que proveen sentido y alcance a este principio.

En este orden de ideas el artículo 1° ECPI establece que *“[...] La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”*. El artículo 17 ibídem, establece los criterios de inadmisibilidad de una situación por parte de la Corte, y el 20.3 ib. regula las condiciones en que la cosa juzgada producida por los tribunales nacionales genera efectos ante el tribunal internacional.

La complementariedad se constituye así en una expresión clara de la filosofía que orientó el Tratado de Roma, y en un eje transversal del ECPI que plantea una estrategia de integración y armonización de las jurisdicciones nacionales de los Estados y la jurisdicción común de la CPI²⁵.

Al amparo del modelo de jurisdicción basado en la complementariedad, la comunidad internacional logró un acuerdo para la creación de una

²⁴ Conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, el Preámbulo forma parte del contexto dentro del cual un tratado debe ser interpretado y aplicado. El Preámbulo reviste además una importancia moral y política en cuanto sienta los principios y los estándares a los que estarán sometidos los Estados que se hagan parte del tratado (Carmen Quesada, Op. cit. pp. 317).

²⁵ En este sentido, Teresa Armenta Deu, siguiendo a Joaquín Alcaide Fernández (ARMENTA DEU, T. La comunicación entre la Corte Penal Internacional y los Estados. En: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. Memorias del Foro sobre la Soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional. Toluca (México): Instituto Literario, 2002).

jurisdicción penal permanente con vocación universal para juzgar los comportamientos que deberían ser considerados “*el núcleo duro del derecho penal*”²⁶. Pese a la relativización que el concepto de complementariedad introduce a la idea tradicional de que el derecho penal debe ser monopolio estatal, el sistema establecido en el ECPI, continúa sustentándose en el principio de que el enjuiciamiento de crímenes internacionales sigue siendo un asunto que concierne prioritariamente a los Estados. En efecto, el modelo de derecho penal internacional diseñado en el ECPI, prevé que la persecución penal de los crímenes internacionales debe ser realizada en primera línea por las jurisdicciones nacionales. En virtud del principio de complementariedad la CPI solo podrá intervenir cuando el Estado que originariamente tenía la jurisdicción “*no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo*”²⁷

El sistema de justicia penal internacional establecido en el ECPI, basado en la complementariedad, da lugar a un modelo que algunos califican de *binario*²⁸; para otros representa una expresión de la *conurrencia* de jurisdicciones que ha caracterizado otros modelos de justicia penal internacional²⁹, ó plasma una novedosa yuxtaposición de jurisdicciones³⁰. En tanto que hay quienes estiman que el Estatuto de la CPI “*reconoce explícitamente la idea de una administración de justicia descentralizada*”³¹.

Se trataría de un modelo “*binario pero estratificado en múltiples jurisdicciones: por un lado una multiplicidad de sistemas nacionales –cada*

²⁶ FRONZA, Emanuela y MALARINO, Ezequiel. El efecto armonizador del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En: DELMAS-MARTY, Mireille, PIETH Mark, SIEBER Ulrich (Directores). Los caminos de la armonización penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p.79.

²⁷ Artículos 1º, 17 y párrafo 10º del Preámbulo del ECPI.

²⁸ MALARINO y FRONZA, El efecto armonizador... pág. 80.

²⁹ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: la Corte Penal Internacional. En, Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. Tirnat lo Blanch, Valencia, 2000, p. 257. También Lorenzo M. BUJOSA VADELL señala que “*Debe partirse de la idea de concurrencia de jurisdicciones. La CPI, aún con sus destacadas limitaciones competenciales, tiene un ámbito de cognición que coincide en cualquier caso con alguna otra jurisdicción y lo más probable es que coincida con varias*”. (BUJOSA VADELL, Lorenzo M. La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional. Barcelona: Atelier, 2008, p. 85) .

³⁰ QUESADA C., op. cit. p. 237

³¹ WERLE, Gherhard (2005). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 148.

uno con sus propias especificidades - de actuación prioritaria; por el otro, la CPI de actuación complementaria”³².

Para quienes encuentran en la *conurrencia* de jurisdicciones el elemento definitorio del modelo de justicia basado en la complementariedad establecido en el ECPI³³, sostienen que éste arbitra su relación con las jurisdicciones nacionales sobre la base de la concurrencia de unas jurisdicciones con primacía formal (las nacionales), y otra que goza de primacía material (la internacional). El equilibrio de esta relación se sustenta en la configuración de una jurisdicción de *última ratio* que solo se activa ante la inacción, ya sea por falta de auténtica disposición o por la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar los delitos tipificados en el ECPI³⁴, de donde se deriva “la *primacía formal* de las jurisdicciones nacionales”³⁵. De otra parte, la atribución a la CPI de la facultad de decidir sobre su propia jurisdicción a través del proceso de activación (Arts. 15, 18 y 53 ECPI), así como de la potestad de decidir sobre la impugnación de su jurisdicción (Art. 19 ib), devela la *primacía material* del tribunal internacional sobre las jurisdicciones nacionales³⁶.

³² MALARINO, op. cit. Pág. 80.

³³ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. op. cit. p. 257. Al respecto señala que “Siguiendo la fórmula tradicional establecida en anteriores tratados internacionales (...) el Estatuto de Roma no establece un sistema de jurisdicción internacional exclusiva. Por el contrario, si Convenios como el de la Tortura establecen un sistema de atribución de competencia en cadena a favor de diversas jurisdicciones nacionales interesadas en los hechos o personas enjuiciadas, el Estatuto establece un sistema propio de competencia alternativa bien sea de la Corte, bien de las jurisdicciones nacionales. Desde esta perspectiva el Estatuto de Roma no elimina el fenómeno de la concurrencia, permitiendo la pervivencia de uno de los problemas de mayor complejidad que se suscitan en torno al enjuiciamiento de crímenes internacionales y que, como la práctica lo demuestra, puede constituir un importante obstáculo para el efectivo ejercicio de la justicia universal”.

³⁴ Sobre esta caracterización, OLÁSULO, H. Corte Penal Internacional. ¿Dónde investigar?, p. 195, señala que: “A diferencia del resto de órganos jurisdiccionales penales internacionales que han existido hasta el momento, la CPI tiene un carácter permanente, y sus relaciones con las jurisdicciones nacionales no se rigen por el principio de primacía, sino por el principio de complementariedad (...) De acuerdo con este principio, la jurisdicción de la CPI se configura como una jurisdicción de *ultima ratio* que solo se activa ante la inacción, la falta de auténtica disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y juzgar los delitos tipificados en el ER”.

³⁵ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. op. cit. p. 258.

³⁶ Este punto de vista es sostenido por ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. La Progresiva institucionalización... p. 260; ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Internacionales: ¿Tiempos de Ingeniería Jurisdiccional?, en Criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 416-417; RODRÍGUEZ VILLASANTE PRIETO, J.L. Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, Fuerzas Armadas y Derechos Humanos. ¿Es posible alcanzar el equilibrio?. Miño y Dávila (Editores), Sevilla, 2000, p. 29; JIMÉNEZ GARCÍA, F. Hacia una jurisdicción internacional obligatoria en el siglo XXI. El Estatuto del TPI adoptado el Roma el 17 de julio de 1998. Studia

Quienes explican las relaciones entre la jurisdicción de la CPI y la emanada de los sistemas nacionales de justicia en una aparente yuxtaposición resuelta por el principio de complementariedad, señalan que *“la yuxtaposición entre el ejercicio de una función soberana por parte de las jurisdicciones nacionales como es la función judicial, y la asunción por parte de la CPI de una jurisdicción sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, viene resuelta en el Estatuto de Roma por la consagración del principio de complementariedad”*.³⁷ Para el efecto, se establecen en el Estatuto una serie de reglas, particularmente en los artículos 17 a 20, cuyo propósito es crear un marco de interrelación entre la Corte y los tribunales nacionales.

La categorización del modelo de justicia instaurado en el ECPI, como de administración de justicia *descentralizada*, se sustenta en que la Corte Penal Internacional *“no reemplazará sino que complementará los esfuerzos de los órganos judiciales internos de hacer comparecer ante la justicia a los responsables de los crímenes de derecho internacional. Más bien, incluso después de la instauración de la Corte Penal Internacional, la aplicación (indirecta) del derecho penal internacional mediante los tribunales nacionales sigue siendo la espina dorsal del sistema de justicia penal internacional”*³⁸.

Sea que se caracterice como un sistema binario, ya basado en la concurrencia de jurisdicciones o en la aparente yuxtaposición de las mismas, o como una forma de justicia descentralizada, lo cierto es que se trata de un modelo de jurisdicción complejo que al instituir la complementariedad como la piedra angular de todo el sistema de justicia diseñado en el ECPI, en tanto principio rector de las relaciones entre la CPI y las jurisdicciones nacionales, demarca una atribución de jurisdicción compartida y reforzada. Ésta parte de la premisa de que los Estados, al convertirse en Partes del Estatuto, no renuncian a su propia jurisdicción sobre los delitos en él tipificados, tienen jurisdicción preferente sobre los mismos y para ejercerla se comprometen a adoptar medidas en el plano nacional y a intensificar la cooperación, con el

Carande. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas n° 3, Instituto Ramón Carande, 1999, pp. 103-131. P. 120-122; y OLÁSOLO H. Corte Penal Internacional, ¿Dónde investigar?, p. 196.

³⁷ Quesada, Carmen. Op. cit, p. 314.

³⁸ WERLE G., op. cit. p. 148.

fin de garantizar que los crímenes internacionales,³⁹ previstos en el ECPI, sean sometidos a la acción de la justicia⁴⁰. Pero además aceptan la eventual intervención de la CPI, cuandoquiera que concurren los presupuestos de admisibilidad que se derivan del artículo 17 del ECPI⁴¹.

De este modo, la complementariedad, como principio rector de las relaciones entre la CPI y las jurisdicciones nacionales parte del reconocimiento del carácter preferente asignado a estas últimas en el sistema de justicia configurado en el ECPI; simultáneamente, promueve esa actuación prioritaria en el marco de los principios de justicia que orientan el Estatuto, a la vez que garantiza la intervención de la jurisdicción internacional respecto de los

³⁹ Esta expresión es usada en el sentido precisado por WERLE, quien se refiere a esta categoría como “*crímenes de derecho internacional*” en los que la responsabilidad penal está directamente fundada en el derecho penal internacional. La relación de estos crímenes con la comunidad internacional y la necesidad de internacionalización de los mecanismos de protección, emana de la jerarquía de los intereses afectados, en la medida que se orientan a proteger un bien común a todos, o a la mayoría de los Estados. “*Es el objeto del ataque lo que confiere a la conducta una dimensión internacional (...) A este grupo pertenecen en primer lugar los crímenes de derecho internacional. Estos conciernen a los más altos intereses de la comunidad internacional*”. (WERLE, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2005, p. 95). WERLE, establece una diferencia entre estos crímenes y otros delitos “de trascendencia internacional”, en los que el derecho internacional no impone directamente una responsabilidad penal; la base para la persecución de estos crímenes no es en consecuencia el derecho internacional, sino las normas estatales de ejecución. En estos últimos la necesidad de una reacción internacional surge de consideraciones de utilidad como por ejemplo el carácter transfronterizo del fenómeno criminal, tal como ocurre en delitos como el tráfico aéreo y marítimo de estupefacientes, el terrorismo, la falsificación de moneda. (Ibídem p. 94). WERLE incluye también en esta última categoría la tortura. Sin embargo, consideramos que esta última especie corresponde a la categoría de “crimen de derecho internacional” toda vez que afecta intereses de la más alta jerarquía, que convocan un interés mancomunado de tutela por parte de las naciones civilizadas y cuya punibilidad proviene directamente del derecho internacional. Para demarcar las diferencias entre crimen internacional y criminalidad transnacional, resultan también valiosas las precisiones efectuadas por CÓRDOBA TRIVIÑO a propósito de la distinción entre derecho penal internacional y derecho penal transnacional cuando sostiene, avalando el planteamiento de Alicia GIL GIL que “*el carácter internacional de un crimen y, por tanto del derecho penal [se fundamenta] en la fuente internacional que posee y en la naturaleza internacional del bien jurídico protegido, así como en la ausencia o insuficiencia de represión interna debido a la participación o tolerancia del poder político. Es también necesario que este derecho penal internacional goce de aceptación universal y que para ello se le reconozca el carácter de ius cogens, pues su aplicación no puede depender de la voluntad de los Estados*” (CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. (2001) Derecho Penal Internacional. Bogotá: Ibáñez, pp. 24, haciendo referencia al texto de Alicia GIL GIL (1999) Derecho Penal Internacional. Madrid: Tecnos, pp. 23.

⁴⁰ Preámbulo párrafo 4°.

⁴¹ De conformidad con el artículo 17.a) del ECPI, la Corte resolverá sobre la inadmisibilidad de un asunto cuando este “*sea objeto de investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene la jurisdicción sobre él salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo*”. Y Conforme al 17.b), la Corte resolverá sobre la inadmisibilidad de un asunto cuando este “*haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo*”. (Original sin subrayas).

delitos “*más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*” frente a la amenaza de la impunidad.

La posición preferente que el sistema fundado en la complementariedad confiere a las jurisdicciones nacionales, se proyecta en el carácter doblemente subsidiario de la intervención de la CPI, comoquiera que la tutela de los bienes jurídicos internacionales en este ámbito está condicionada a “*un rasgo determinante del derecho penal internacional que podríamos nombrar como su doble subsidiariedad. Esto quiere decir que el derecho penal internacional solo puede ocuparse de los ataques contra los bienes jurídicos más importantes – y dentro de estos, de los ataques más graves – y ello sólo cuando el Estado no haya querido o no haya podido alcanzar la justicia*”⁴². Este rasgo conduce a que se atribuya a la intervención complementaria de la CPI “*una función de supervisión y de garantía*”⁴³ de un correcto ejercicio del poder punitivo por parte de los Estados.

El modelo jurisdiccional basado en la *complementariedad* se distancia así de aquel fundado en el principio de *primacía* de un tribunal internacional sobre los nacionales, que rige las relaciones entre los tribunales *ad-hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y las jurisdicciones nacionales⁴⁴. Pese a que este último modelo es también una manifestación de la *conurrencia* de jurisdicciones, se caracteriza porque la actuación de la jurisdicción internacional excluye toda actuación de las jurisdicciones nacionales. Éstas están legitimadas para actuar, siempre que no lo haga la jurisdicción internacional. Y de otra parte, la jurisdicción internacional puede solicitar en cualquier momento, la inhibición de los tribunales nacionales en su favor⁴⁵. Incluso, con posterioridad a la sentencia en firme proferida por las

⁴² CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. Op. Cit. pp. 20.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ El artículo 9º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia establece un sistema de competencias concurrentes, y simultáneamente, una *prioridad* del Tribunal Internacional sobre las jurisdicciones nacionales, de tal forma que “*en cualquier estadio del procedimiento –aquél- puede solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor (...)*”. En similar sentido, el artículo 8.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda contempla la *primacía* del Tribunal Internacional respecto de los tribunales nacionales “*de todos los Estados Miembros*”, y establece la prerrogativa para el Tribunal Internacional de “*presentar oficialmente a los tribunales nacionales una petición de inhibición de jurisdicción*”.

⁴⁵ Tribunal Penal Internacional de Ruanda. Sala de Primera Instancia. Fiscal vs. Kanyabashi, providencia de junio 18 de 1997, pár. 32. En esta providencia se destaca la primacía del Tribunal Internacional sobre las jurisdicciones nacionales en cualquier etapa del proceso, y vincula este

jurisdicciones nacionales, la internacional puede actuar en aquellos eventos en que considere que no se ha aplicado una justicia satisfactoria frente a los valores de la comunidad internacional, como cuando los hechos han sido calificados como delitos ordinarios, no fueron perseguidos con la suficiente diligencia por la Fiscalía del Estado, o las actuaciones nacionales no se surtieron con independencia, imparcialidad, o estuvieron dirigidas a proteger al acusado frente a la responsabilidad penal individual que le sea imputable⁴⁶.

2. La Incidencia de la complementariedad en los sistemas nacionales de justicia.

El principio de complementariedad como eje rector del modelo de jurisdicción establecido en el ECPI, tiene una inevitable incidencia en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes del Tratado, la cual se proyecta en los siguientes ámbitos:

2.1. En la supervisión y monitoreo permanente que ejerce el tribunal internacional sobre los sistemas nacionales de justicia penal, lo que conlleva la amenaza latente de ser desplazados por la jurisdicción de la CPI, cuando concurren las circunstancias de inacción o acción deficiente previstas en el ECPI. En efecto, como consecuencia del principio de complementariedad, el papel de la Corte Penal Internacional se limita, en principio a monitorear o supervisar a los sistemas nacionales en su tarea de investigar seriamente y

sistema de relaciones con el origen del tribunal creado con base en las facultades que otorga el capítulo séptimo de la Carta de la ONU al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁴⁶ Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia: Fiscal vs. Dusko Tadic , providencias de noviembre 14 de 1995, Case No.IT-94-1T.// Tribunal Penal Internacional para Ruanda: Fiscal vs. T. Bagosora, Case No. ICTR-96-7-D, Sala de Primera Instancia, providencia de 12 de marzo de 1996, ICTR-96-6 D, parágrafo 11. Para enfrentar la duplicidad de pronunciamientos que esta alternativa genera, en varias de sus decisiones el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha aplicado el principio *non bis in idem* respecto de fallos de la justicia nacional. En este sentido ha considerado que si bien es del interés de la justicia desconocer las decisiones de las cortes nacionales orientadas a proteger al acusado o a sustraerlo de la aplicación de justicia, dado que no se puede permitir que los perpetradores de crímenes de guerra y de otras atrocidades evadan la justicia o sean protegidos por un gobernante que auspicie o tolere dichos crímenes, la decisión de la jurisdicción nacional no puede ser desconocida a menos que exista suficiente evidencia acerca de la simulación del procedimiento.

castigar a los responsables de los delitos internacionales y eventualmente a apoyarlos en sus enjuiciamientos nacionales⁴⁷.

Esta consideración está ligada al hecho de que más allá de la prevención de la impunidad, a través de la optimización del manejo de casos concretos, la estrategia de una justicia articulada plasmada en el ECPI persigue objetivos de mayor alcance. A algunos de ellos se ha aludido desde su carácter de funciones asignadas al principio de complementariedad, tales como la armonización del derecho penal internacional, y el fortalecimiento del Estado de derecho, en la medida que propende por potenciar una mayor capacidad de respuesta de la justicia estatal y un mejor acceso a la justicia por parte de las víctimas, a través del mejoramiento de los sistemas de justicia nacionales.

2.2. En la *implementación* del tratado en el ordenamiento jurídico interno. En desarrollo de esta actividad que consideramos una *obligación* de los Estados Partes del Tratado, y no un acto discrecional, éstos deben emprender una labor compleja para adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias en procura de que el instrumento internacional pueda ser aplicado correctamente en el orden jurídico interno, de acuerdo con sus fines y propósitos. Aunque en el tratado se contemplan unas obligaciones explícitas de implementación (Art. 88 ECPI), otras se derivan del objeto y fines del tratado, toda vez que no corresponde al derecho internacional detallar de antemano el alcance de esta actividad de implementación, habida cuenta que cada Estado posee un sistema normativo y una tradición jurídica particular, que exigen una labor de armonización y adecuación específica.

Este deber de implementación se identifica en dos frentes: *a)* de una parte, en la implícita exigencia, derivada de la complementariedad, de una adecuación sustantiva y procesal del ordenamiento jurídico penal interno, a efecto de ponerlo en condición de responder a los desafíos que implica una administración de justicia acorde con los estándares que se derivan del ECPI, que le permita a su vez retener el ejercicio de la jurisdicción; y *b)* en el diseño de mecanismos que aseguren que el Estado Parte cuenta con procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en el Estatuto (Art. 88 ECPI). De esta manera la cooperación se ubica en su

⁴⁷ En este sentido AMBOS, Kai. Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y Realpolitik. En: Política Criminal. No. 4, 2007. A1. p. 1-16.

justa posición, como una expresión de la complementariedad, en el evento en que la Corte Penal Internacional explore o asuma la competencia respecto de alguna situación.

Por virtud de la complementariedad, los Estados que adhieren al tratado asumen la responsabilidad de elaborar normas de derecho interno que, de una parte, les permitan optimizar su sistema de justicia en procura de actuar eficazmente en la investigación y juzgamiento de crímenes de competencia de la Corte, y de otra, faciliten, propicien y promuevan la máxima realización de todas las formas de cooperación que contempla el Estatuto. Surge así el deber, para los Estados Partes, de adecuar sus sistemas normativos internos con el fin de asegurarse de que cuentan con las herramientas normativas necesarias para investigar y enjuiciar un asunto de competencia de la Corte (Art. 17), y que además *“existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte”* (Art. 88, parte IX ER).

El desarrollo de la complementariedad, a través de la implementación del tratado en el ordenamiento jurídico interno, se orienta a garantizar plenamente que el enjuiciamiento de los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional pueda llevarse a efecto, bien sea por la intervención de los tribunales nacionales que actuarían de conformidad con su normatividad penal, o bien por la intervención de la Corte Penal Internacional cuando la primera opción no ofrezca una respuesta acorde con los principios de justicia y los estándares contenidos en el Estatuto. Bajo el esquema de concurrencia de jurisdicciones, propio de la complementariedad, se persigue el objetivo nuclear que alienta el tratado, consistente en el control de la impunidad respecto de los crímenes internacionales, arbitrando para ello dos estrategias fundamentales: el estímulo de la actuación preferente de las jurisdicciones nacionales, siempre que con ello se asegure la satisfacción de los principios y exigencias de justicia del Estatuto; y en su defecto, la actuación del tribunal internacional cuando este último propósito no pueda ser satisfecho debido a la inactividad o actividad deficiente del orden jurisdiccional estatal.

La labor de implementación va más allá de la elaboración de un catálogo de normas que permitan la asistencia judicial en las diferentes etapas del proceso que se surte ante la Corte Penal Internacional. La implementación

involucra una dimensión sustancial y constituye el escenario en el que es posible desarrollar de manera más eficaz la pretensión de armonización del derecho penal internacional que subyace en el principio de complementariedad. Tomar en consideración estos puntos de vista para los desarrollos propios de la implementación, implica además reformas a las legislaciones penales sustantivas y procesales de los Estados.

La necesidad de armonización de las legislaciones nacionales con el Estatuto en los aspectos sustantivos⁴⁸, no aparece explícitamente prevista en este instrumento. Sin embargo, se trata de un requerimiento ligado a, e implícito en el modelo de jurisdicción adoptado, toda vez que una muestra de la disposición de los Estados para asumir el título de jurisdicción prioritario que les corresponde en virtud de la complementariedad, es sin duda el establecimiento de un marco normativo que le permita retener esa potestad.

Los vacíos normativos en materia de tipificación, diseño de categorías de imputación adecuadas y establecimiento de penas acordes con el umbral de gravedad de los crímenes, podrían ser valorados por la Corte como ausencia de disposición para la investigación y el juzgamiento de estos delitos. No en vano, el Preámbulo del Estatuto hace un llamado a los Estados a contribuir a *“la prevención de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, y a combatir la impunidad”*⁴⁹. Para el logro de estos propósitos comunes, insta a los Estados a *“adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional”*⁵⁰.

Estos apartes del Preámbulo sustentan la *dimensión sustancial de la cooperación*, toda vez que comprometen a los Estados en una política

⁴⁸ Para comentaristas como Carmen Quesada y Yáñez Barnuevo J.A., la adaptación de las legislaciones internas sustantivas de los Estados con el Estatuto, no es necesaria, pero sí conveniente. Al respecto señala Quesada C. que “en la práctica se está presentando la implementación de los crímenes recogidos en el mismo, con el consiguiente efecto preventivo de dicho instrumento. Pero no hemos de olvidar que junto al efecto preventivo es necesario que se dé el efecto represivo. En el caso contrario, nos podríamos encontrar con una situación de impunidad fáctica siempre que se realicen enjuiciamientos por parte de los tribunales nacionales de modo que las definiciones de los crímenes, las circunstancias modificativas y excluyentes de la responsabilidad, los principios generales o las penas aplicadas en dicho marco nacional corresponden a un ámbito más estrecho que el previsto en el estatuto de Roma. En consecuencia, el método más eficaz para evitar este problema será la armonización de las legislaciones nacionales con el Estatuto en relación con los aspectos sustantivos” (Quesada, Carmen. La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal...p. 360).

⁴⁹ Párrafo 5º del Preámbulo.

⁵⁰ Párrafo 4º del Preámbulo.

criminal global basada en la prevención de los crímenes de derecho internacional, con miras a la progresiva erradicación de la impunidad. Un primer elemento de esta política es sin duda la adopción de leyes estatales que incorporen en el orden interno los tipos penales de competencia de la Corte Penal Internacional. Desde este punto de vista es necesario que los sistemas nacionales adecuen su normatividad en aspectos tales como la configuración de tipos penales que permitan la persecución nacional de los crímenes que conforman la competencia material de la Corte; la creación de categorías de imputación penal apropiadas que le permita al Estado aplicar justicia en relación con crímenes caracterizados por presentar un alto umbral de gravedad y organización; el establecimiento de un sistema de penas que responda a la gravedad de los crímenes; la recepción de los delitos contra la administración de justicia; la incorporación del principio de imprescriptibilidad para estos delitos.

El principio de complementariedad como eje transversal, espina dorsal o columna vertebral del sistema de justicia diseñado en el ECPI, está dispuesto para cumplir el objetivo último de este instrumento, que es el de enfrentar la impunidad respecto de crímenes con la entidad suficiente para afectar los intereses de la comunidad internacional. Sin embargo, este fin último se persigue a través de una serie de funciones adscritas a este principio regulador, que contribuyen a que ese objetivo último pueda desarrollarse preservando el equilibrio entre la soberanía de los Estados y los intereses comunes de la comunidad internacional.

3. Las funciones⁵¹ que cumple el principio de complementariedad en la aplicación del sistema de justicia establecido en el ECPI

El principio de complementariedad cumple funciones determinantes en la aplicación del sistema de justicia penal internacional configurado en el Estatuto de Roma. (3.1) En primer lugar, actúa como mecanismo de

⁵¹ Usamos esta expresión para hacer referencia a aquello que le aporta el principio de complementariedad al complejo y sofisticado modelo de justicia diseñado en el ECPI. El principio de complementariedad se encuentra inserto dentro de un contexto que es el modelo de justicia configurado en el ECPI, y dentro del mismo se le asignan unas tareas que debe cumplir para que el modelo sea funcional. Este sistema apunta a unos fines, enunciados en el Preámbulo del tratado, el principal, el de asegurar que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional sean sometidos a la acción de una justicia respetable y duradera. Las funciones que se asignan al principio de complementariedad contribuyen a la realización de esos fines adscritos al modelo de justicia que este principio nuclear concurre a estructurar.

armonización del derecho penal internacional que se aplica en el ámbito internacional y por los tribunales nacionales. (3.2) En segundo lugar, promueve el desarrollo de las legislaciones nacionales mediante las exigencias inherentes a la implementación. (3.3) En tercer lugar, regula las relaciones entre la CPI y los sistemas nacionales de justicia. (3.4) En cuarto lugar, representa un mecanismo de salvaguardia de la soberanía de los Estados. (3.5) En quinto lugar, incorpora un marco y unos límites, tanto materiales como formales al ejercicio de la jurisdicción internacional atribuida a la Corte Penal Internacional.

3.1. La función armonizadora del derecho penal internacional atribuida al principio de complementariedad

La creación de un tribunal penal internacional con vocación de permanencia y universalidad, afianzado sobre el principio de complementariedad, impone una amplia gama de desafíos al derecho penal internacional, entre ellos, la necesaria interacción y articulación entre los sistemas nacionales de justicia y el órgano de justicia interestatal. La potestad de ejercer el *ius puniendi* ha sido considerada históricamente como el emblema de la soberanía nacional, *“por ello resulta sorprendente que el derecho penal se esté convirtiendo en una de las fuerzas motoras de la armonización del Derecho cuando ha sido siempre considerado como uno de los tradicionales “bunkers” de la soberanía nacional”*⁵².

Este paradójico fenómeno ha merecido variadas explicaciones como el hecho de que *“se sitúa en la confluencia de dos factores aparentemente convergentes: el universalismo que sirve de fundamento a los derechos humanos y a la noción de crímenes contra la humanidad, y, la globalización económica, que facilita el desarrollo de una delincuencia transnacional utilizando los medios de la globalización.”*⁵³

⁵² PIETH, Mark (2009) “La armonización del derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio”. En: Los caminos de la armonización penal, Valencia: Tirant lo Blanch, p.291.

⁵³ DELMAS-MARTY, Mireille (2009). Los caminos de la armonización penal (Introducción). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 27. Estos factores (universalismo y globalización), en efecto, como lo destaca la autora, son aparentemente convergentes, toda vez que obedecen a lógicas diferentes (de un lado la solidaridad y el reparto, y del otro el beneficio y la competencia), por lo que se “produce más bien una tensión entre universalismo que evoca la difusión de ideales comunes y supone la existencia de una comunidad de valores, y globalización, que se apoya en la difusión de informaciones y productos y supone la existencia de un mercado abierto a todos”, (p. 27).

Para nuestro objeto de estudio resulta pertinente el primer factor, es decir la pretensión de universalismo que se encuentra en la base de la creación del tribunal penal internacional, y el diseño de un modelo de justicia penal fundado en el principio de complementariedad, que exige el desarrollo de técnicas normativas e institucionales que permitan la interacción de diversos sistemas penales. A este fenómeno se le ha denominado “*armonización*” y envuelve la idea de un proceso dinámico, transformador y evolutivo del derecho⁵⁴, que se sitúa en el ámbito de la internacionalización del derecho penal⁵⁵.

La creación de condiciones para que distintos sistemas jurídicos *interactúen*, da lugar al establecimiento de diversos procesos de interacción que transitan de la horizontalidad propia de la *coordinación* que caracteriza la cooperación interestatal, a una *aproximación* o *acercamiento* (armonización en estricto sentido), cuya máxima expresión es la *unificación*⁵⁶.

El modelo de interacción basado en la cooperación es el que caracteriza las relaciones entre sistemas jurídicos que coordinan esfuerzos en un propósito común (cooperación interestatal), y se desenvuelve en un plano de reparto horizontal de competencias entre sistemas que siguen siendo autónomos e independientes. La *unificación* supone un proceso de integración perfecto,

⁵⁴ Sobre este fenómeno referido al derecho penal económico señala Adán Nieto Martín: “No estamos asistiendo a un proceso de convergencia consensuado entre distintos ordenamientos independientes, sino a un proceso creciente de americanización del derecho de los negocios y del Derecho penal de los negocios. Si hacemos arqueología legislativa y examinamos el origen de las normativas comunes, se encuentran que tras ellas se encuentran directrices de políticas jurídicas que nacen de los EEUU y desde allí se extienden al resto del mundo. No existe un intercambio libre de “soluciones jurídicas” entre los distintos ordenamientos que conforman la comunidad internacional, sino una aproximación de todos ellos al sistema imperante en los Estados Unidos”. (¿Americanización o Europeización del Derecho Penal Económico?. En *Los caminos de la armonización penal*. p. 420).

⁵⁵ Aunque la internacionalización del derecho penal y las exigencias de armonización que demanda, se muestra como necesaria para enfrentar los desafíos que plantea la impunidad en materia de criminalidad de sistema, en muchos casos auspiciada o tolerada por los poderes locales, se trata de un fenómeno que añade complejidades al derecho penal y que no está exento de críticas. Los reparos que se formulan a este fenómeno, generalmente desde perspectivas criminológicas, apuntan en dos sentidos: en primer lugar, a una especie de efecto asegurador o neopunitivista que esta tendencia origina, comoquiera que la mayoría de las disposiciones regionales y mundiales se orientan a favorecer la represión de los crímenes internacionales, flexibilizando en ese propósito las garantías que la tradición jurídico penal ha construido a favor del acusado. Y en segundo lugar, la armonización penal genera una proliferación de instrumentos jurídicos que genera desorden normativo e institucional, en desmedro de la seguridad jurídica (Las críticas son agrupadas en estos dos frentes por Mireille Delmas – Marty, Op. Cit. p. 29).

⁵⁶ DELMAS – MARTY, Mireilli (2009). *Los procesos de interacción*. En *Los caminos de la armonización penal*. p. 527.

por fusión de los diferentes sistemas en beneficio de un sistema único. A los modelos de interacción basados en la *cooperación* se les cuestiona por ineficaces en la medida que están fundados en la desconfianza de los Estados, interesados en la defensa de su autonomía y la resistencia a eventuales controles; en tanto que la *unificación* como forma vertical de interacción resulta inalcanzable desde un punto de vista jurídico, e inconveniente desde una perspectiva cultural y política, comoquiera que podría desembocar en el fenómeno ya alertado por Emmanuel Kant sobre una relación de tipo hegemónico e incluso despótico⁵⁷. En medio de esos dos procesos de interacción se ubica la *armonización*, forma mixta caracterizada por la aproximación de sistemas que conservan parte de sus diferencias.

El modelo de interacción que más se adecua a las exigencias del principio de complementariedad establecido en el ECPI es el de la *armonización*, comoquiera que se sustenta en la coexistencia concurrente de jurisdicciones. Esto se muestra evidente en que el modelo reclama la adopción de medidas en el plano nacional para asegurar que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no queden sin castigo (Preámbulo párrafo 4); e impone a los Estados Partes la obligación de asegurar que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la parte IX del Estatuto.

Los requerimiento de armonización se hacen más patentes cuando se advierte que como fuentes subsidiarias aplicables por la CPI se incluyen “(...) *los principios generales del derecho que deriva la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que estos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos*” (Art. 21 ECPI).

La mayor o menor inclinación de los Estados a abrirse a posibilidades de armonización del derecho penal nacional con el internacional, dependerá de forma significativa de la concepción que impere en su derecho interno sobre el modelo que rige sus relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional. Se prevé que los Estados que fundamentan dicha relación en

⁵⁷ *Ibidem*, p.531.

una concepción *dualista*, es decir con predominio de criterios soberanistas, presenten una mayor resistencia a incorporar procesos de armonización en materia de derecho penal internacional; en tanto que los Estados que acojan un modelo *monista*, de corte universalista muestren una mayor disposición a someter al proceso de armonización, las eventuales insuficiencias de su derecho penal interno.

Las prácticas soberanistas privilegian los intereses de los Estados nacionales en la especificidad cultural de sus ordenamientos nacionales, y destacan valores como la previsibilidad y legitimidad de sus ordenamientos que consideran amenazados por la armonización, optando por modelos de cooperación entre los sistemas nacionales autónomos, bajo el único control de las jurisdicciones nacionales (cooperación mutua). Estas prácticas, que se presentan totalmente opuestas a la armonización parecen marginadas en la actualidad del contexto internacional,⁵⁸ debido al auge de procesos de integración mundial y regional.

La perspectiva monista parece más dispuesta a aceptar procesos de armonización. Sin embargo, una concepción radical de este modelo aparece descartada en el ECPI por el principio de complementariedad, que si bien exige acciones de implementación normativa e institucional del tratado en el derecho nacional, permite a los Estados un cierto margen de autonomía para diseñar los mecanismos de interacción orientados a dar vida al sistema de justicia complejo previsto en el ECPI. El trabajo de armonización no implica entonces uniformidad, sino aproximación, adecuación, a fin de hacer compatible el Derecho nacional con la norma de referencia, que en este caso sería el ECPI.

La armonización del derecho penal internacional se efectúa a través de la implementación del tratado en los sistemas normativos e institucionales de los Estados Partes. De manera que lo que hasta aquí se ha sostenido es que existe una relación funcional entre complementariedad y armonización del

⁵⁸ No obstante, como lo advierte DELMAS-MARTY, se trata de un modelo que todavía se encuentra presente en países como los Estados Unidos, *“que pese a ser universalistas en la época de su fundación, se han convertido en soberanistas a medida que afirmaban su poder. La contradicción sólo es más fuerte con su tendencia a promover el derecho americano como fuente de inspiración para una armonización de tipo hegemónica que sería impuesta a los demás sobre el modelo universalista (...)”*. Este modelo *“corre el riesgo de ser a la vez rechazado por los Estados más poderosos y utilizado por esos mismos Estados como instrumento para dominar a los demás”*. (Op. Cit. p. 551).

derecho penal internacional aplicable en el plano internacional y en el estatal; y que la técnica a través de la cual se desarrolla esa armonización es la implementación del tratado en los sistemas jurídicos de los Estados Partes.

El alcance de la implementación, así como los ámbitos en que ha de desarrollarse, y las dificultades que presenta, serán el objeto del siguiente aparte en el que se analiza la función que cumple el principio de complementariedad, como agente dinamizador del desarrollo de las legislaciones penales nacionales.

3.2. La función dinamizadora del Derecho nacional atribuida al principio de complementariedad

Uno de los efectos más esperados a partir de la entrada en vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es la incidencia de la complementariedad en los ordenamientos internos, particularmente el estímulo⁵⁹ que este instrumento podría significar para el desarrollo legislativo de los sistemas nacionales de justicia, y el probable acercamiento de los derechos nacionales que se generaría, como consecuencia de las reformas aprobadas en desarrollo de la implementación.

Una aproximación a este tema plantea varias cuestiones que deben ser abordadas: (3.2.1) en primer lugar, es preciso identificar los ámbitos en que se hace necesaria una labor de implementación a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional; (3.2.2) en segundo lugar, se debe determinar cuál es la naturaleza y alcance de las obligaciones que se derivan para los Estados Partes, de cada uno de esos ámbitos⁶⁰; (3.2.3) en tercer lugar, se

⁵⁹ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. El principio de complementariedad.... (Op cit, pp. 93-100); Lattanzi, F. The International Criminal Court and National Jurisdictions, en Politi, M. & Nesi, G. (eds). The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity, Ashgate, Darmouth, 2001, pp. 117-223. (Citado en, Quesada, C. op. cit. p. 358).

⁶⁰ FRONZA Y MALARINO, abordan el tema de la implementación del ECPI en los sistemas nacionales de justicia desde la perspectiva del modelo de justicia "binario" que ellos proponen y sostienen que la implementación sólo es obligatoria en los niveles relacionados con (i) el deber de cooperación con la CPI (Arts. 86 y 88 E.R), y (ii) la incorporación en la legislación interna de los tipos penales para proteger la administración de justicia de la Corte, en tanto que sostienen "*no existe ninguna obligación de implementación en el Estatuto para hacer posible el enjuiciamiento en el Estado Parte*" ("El efecto armonizador.... p.83). Por su parte WERLE, quien centra su análisis en la necesidad de implementación del ECPI en el aspecto sustantivo, es decir, en la adecuación de los sistemas nacionales de justicia para crear las condiciones suficientes para el ejercicio de la jurisdicción preferente que se deriva de la complementariedad, sostiene que "*el Estatuto de la CPI no establece ninguna obligación de incorporar sus preceptos en el derecho interno (...) Ni los preceptos del Estatuto ni el*

procederá a extraer los parámetros que el ECPI provee para el desarrollo de la implementación en cada uno de los ámbitos identificados; (3.2.4) y en cuarto lugar, se enunciarán los principales obstáculos que presenta el proceso de implementación.

3.2.1. Ámbitos en que debe desarrollarse la implementación del Tratado de Roma en los sistemas jurídicos estatales

La labor de implementación que deben desarrollar los Estados Partes, en el marco del principio de complementariedad, se ubica en dos grandes ámbitos: el sustantivo y el procesal. En el primero, incluimos los desarrollos legislativos que los Estados Partes deben emprender para ubicar sus sistemas nacionales de justicia en condiciones de ejercer adecuadamente la jurisdicción preferente que les reconoce el sistema de justicia diseñado en el ECPI respecto de los crímenes de competencia de la Corte.

De esta dimensión sustancial de la implementación se derivan requerimientos de adecuación legislativa en aspectos tales como la configuración de tipos penales que permitan la persecución nacional de los crímenes que conforman la competencia material de la Corte, para lo cual es importante tener en cuenta el contexto que caracteriza cada una de las categorías de crímenes de competencia de la CPI. Así mismo, la creación de mecanismos de imputación penal apropiados para el manejo de crímenes caracterizados por un alto umbral de gravedad y sofisticados esquemas de organización y jerarquización, especialmente en lo concerniente a las formas de intervención en el delito. Es preciso tener en cuenta también la eventual incorporación de principios como la imprescriptibilidad y la jurisdicción universal, así como el establecimiento de un sistema de penas que responda a la gravedad de los crímenes.

antes mencionado principio de complementariedad obliga a los Estados Partes a promulgar leyes penales o a “copiar” el Estatuto. De hecho, los sistemas internos mantienen su autonomía en relación con su propia legislación interna aunque hayan pasado a ser parte del Estatuto de la CPI. El límite establecido en el Estatuto consiste en que el Estado esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento y en condiciones de hacerlo”. Y agrega al respecto que “El mensaje del Estatuto de la CPI en cuanto a las características de la legislación penal interna es que los Estados deben estar dispuestos y en condiciones de perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, aplicando sus legislaciones, de forma similar a como lo haría la Corte Penal Internacional”. (WERLE op. cit. pp. 148 y 149).

Responden igualmente a este ámbito sustantivo, los requerimientos de implementación derivados del artículo 70, apartado 4 del ECPI, conforme al cual todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento, a los delitos cometidos intencionalmente contra la administración de justicia de la Corte, en su territorio, o por uno de sus nacionales⁶¹.

Al segundo ámbito de implementación (el procesal) se integran todos aquellos escenarios que imponen adecuaciones normativas e institucionales que ubiquen al Estado Parte en posición de cumplir a cabalidad con las exigencias de cooperación que le plantea el ejercicio de la jurisdicción complementaria por parte de la CPI, ya sea en el denominado proceso de activación de la jurisdicción abstracta de la CPI⁶², o durante el ejercicio de la jurisdicción penal internacional propiamente dicha (jurisdicción concreta) en las etapas de investigación, enjuiciamiento y ejecución de penas⁶³. A este

⁶¹ Los delitos a que se contrae este ámbito son el falso testimonio (Art. 70.1.a.); presentar pruebas falsas (Art. 70.1.b); la corrupción, obstrucción o interferencia, o las represalias contra un testigo (Art. 70.1.c); la destrucción o alteración de pruebas o la interferencia en las diligencias de pruebas (Art. 70.1.c); poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para interferir en el cumplimiento de sus funciones (Art. 70.1.d); tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de las funciones que él u otro funcionario hubiere desarrollado (Art. 70.1.d); solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales (Art. 70.1.e). El capítulo IX de las *Reglas de Procedimiento y Pruebas* desarrolla el artículo 70 del ECPI, en lo relativo al ejercicio de la jurisdicción de la Corte, las reglas aplicables a estos procesos, los plazos de prescripción, las sanciones, la cosa juzgada, la detención, así como la cooperación y asistencia que la Corte podrá solicitar a un Estados, de acuerdo con las previsiones de la Parte IX del Estatuto.

⁶² Según lo desarrolla con exhaustividad Héctor Olásolo, el proceso de activación de la jurisdicción abstracta de la CPI es una fase previa, necesaria y autónoma, en relación con el proceso penal propiamente dicho (jurisdicción concreta), que responde a unos presupuestos propios derivados de los artículos 15.4, 16, 18.2 y 53.1 del ECPI, y 48 RPP. Se trata de un proceso previo y necesario al inicio del proceso penal propiamente dicho dirigido a determinar si procede o no la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI con respecto a una cierta situación de crisis. Sobre el particular precisa que "(...) *Los Estados Partes han atribuido a los diversos órganos de las CPI una potestad jurisdiccional que se encuentra desactivada o en potencia (jurisdicción abstracta de la CPI), y que únicamente se activa con respecto a una cierta situación de crisis (jurisdicción concreta de la CPI) cuando el órgano competente de la CPI declara la concurrencia de los presupuestos previstos en los artículos 15.4, 16, 18.2 y 53.1 del ECPI, y 48 RPP. De esta manera, solo una vez activada la jurisdicción abstracta de la CPI con respecto a una determinada situación de crisis, los distintos órganos de la CPI podrán ejercitar las funciones que les confiere el ER dentro de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen dicha situación de crisis*". (Olásolo, Héctor. Corte Penal Internacional. ¿Dónde investigar?. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 105.).

⁶³ Sobre el alcance de de la expresión contenida en el artículo 86 ER en el sentido que "*Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia*" se ha precisado

último segmento están vinculadas las exigencias de implementación determinadas por los contenidos de los artículos 86 y 88 del ECPI⁶⁴ que impone a los Estados Partes la obligación de procurar las reformas legislativas necesarias para posibilitar la cooperación con la Corte⁶⁵, cuando ésta ejercite la jurisdicción complementaria.

En relación con el fundamento convencional del primer ámbito identificado (el sustantivo) es preciso destacar que de conformidad con el Preámbulo del ECPI se reafirma que *“los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional”*⁶⁶. Para el mismo efecto se recuerda que *“es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales.”*⁶⁷ Ello, aunado a que el ECPI destaca que *“la Corte Penal internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones nacionales”*. De estos enunciados insertos en el Preámbulo del ECPI, y ratificados por los artículos 1^o⁶⁸ y 17⁶⁹ del mismo, se deduce que el primer ámbito de implementación, dado el carácter preferente de las jurisdicciones nacionales, es la adecuación de los ordenamientos jurídicos estatales para colocarse en posición de

que *“Esta obligación de cooperación no se agota en lo referente a la investigación y el enjuiciamiento, sino que se extenderá sobre las actuaciones anteriores y posteriores al proceso, que tengan lugar durante la fase preliminar y tras la conclusión del proceso penal”*. (Quesada, Carmen. La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 405. s.s.).

⁶⁴ Estos preceptos se ubican en la parte IX del ECPI denominada “De la cooperación internacional y de la asistencia judicial”. En el primero se establece la obligación general de los Estados Partes de cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de su competencia. Y el segundo impone a los Estados Partes la obligación de asegurarse de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en esa parte del ECPI (IX).

⁶⁵ Aunque las necesidades de establecer en el derecho interno procedimientos adecuados a una cooperación plena con la CPI, hace referencia de manera fundamental a la cooperación que los Estados Partes deben prestar a la Corte, conviene recordar que la cooperación establecida en el ECPI es recíproca, comoquiera que también la CPI está en el deber de cooperar con un Estado Parte que lleve a cabo una investigación o sustancie un juicio por una conducta que constituya un crimen de competencia de la Corte o un crimen grave conforme al derecho interno del Estado requirente. En estos eventos la Corte podrá cooperar y prestar asistencia en aspectos tales como la trasmisión de elementos de prueba, y el interrogatorio de una persona detenida por orden de la Corte. (ECPI, artículo 93.10).

⁶⁶ Párrafo 4° del Preámbulo.

⁶⁷ Párrafo 6° del Preámbulo.

⁶⁸ Esta norma faculta a la CPI para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, y destaca el carácter complementario de las jurisdicciones nacionales.

⁶⁹ Al regular las “cuestiones de admisibilidad” este precepto se afinca en el décimo párrafo del Preámbulo y en el artículo 1° que enuncian el principio de complementariedad.

efectuar un enjuiciamiento auténtico de los crímenes de competencia de la Corte, de manera compatible con los dictados del ECPI.

En lo que concierne a los requerimientos de tipificación de los delitos para la protección de la administración de justicia de la Corte, su fundamento se deriva de manera explícita del artículo 70.4 del ECPI que establece el deber de todo Estado Parte de hacer extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento, a los delitos contra la administración de justicia relacionados en el apartado 70.1 cometidos en su territorio, o por uno de sus nacionales.

Por su parte el fundamento convencional para la implementación del ámbito procesal se deriva de las partes IX⁷⁰ y X del ECPI⁷¹, en particular del contenido de los artículos 86 y 88 ECPI, así como de los artículos 15.4, 16, 18.2 y 53.1 ECPI y de la regla 48 de las RPP, en lo que concierne a la activación de la jurisdicción abstracta (admisibilidad de una situación de crisis).

De acuerdo con lo expuesto, existen dos grandes ámbitos que exigen implementación de conformidad con el ECPI: 1) *el sustantivo*, derivado a) del carácter preferente de las jurisdicciones nacionales y la correlativa complementariedad del tribunal penal internacional (Preámbulo y Arts. 1 y 17 ECPI); y b) del deber explícito contenido en el artículo 70.4 ECPI, respecto de los delitos contra la administración de justicia de la Corte cometidos en el territorio del Estado o por sus nacionales. Y el 2) *procesal*⁷² que surge de los deberes generales de cooperación de los Estados Partes con la CPI (Arts.86 y 88 ib.), ámbito que incorpora a su vez la fase previa de evaluación sobre la admisibilidad de una situación de crisis (jurisdicción abstracta), y la investigación, enjuiciamiento y ejecución (jurisdicción concreta).

⁷⁰ De la cooperación internacional y de la Asistencia Judicial (Arts. 86 a 102).

⁷¹ De la ejecución de la pena (Arts. 103 a 111).

⁷² Este aspecto de la implementación es desarrollado en forma pormenorizada por Lorenzo BUJOSA VADELL, poniendo en contacto las normas de cooperación previstas en el ECPI, con la implementación realizada en España mediante la Ley Orgánica 18 de 10 de diciembre de 2003 sobre cooperación con la Corte Penal Internacional. (BUJOSA VADELL, Lorenzo. La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional. Barcelona: Atelier, 2008. (p. 489).

3.2.2. La naturaleza y alcance de los requerimientos de implementación del Tratado de Roma en los sistemas jurídicos estatales

Sobre el alcance de los requerimientos de implementación se deben hacer algunas distinciones⁷³. En relación con el ámbito procesal no existe mayor dificultad para deducir la obligatoriedad de la implementación, comoquiera que se trata de mandatos expresos dirigidos a los Estados Partes contenidos en los artículos 86 y 88, que se proyectan en dos planos: en el deber de establecer procedimientos que posibiliten todas las formas de cooperación establecidas en el ECPI (incluida la fase previa de activación), y en la obligación de cooperar con la Corte una vez activada la jurisdicción complementaria⁷⁴. Igual consideración se puede formular respecto de la dimensión sustantiva derivada del Art. 70.4 ECPI, que contiene un mandato explícito para los Estados en el sentido de incorporar al Derecho interno los tipos penales para proteger la administración de justicia.

Las discusiones se han centrado en lo atinente a si existe obligatoriedad de los Estados Partes de implementar el tratado en su derecho interno para

⁷³ FRONZA y MALARINO, abordan el tema de la implementación del ECPI en los sistemas nacionales de justicia desde la perspectiva del modelo de justicia "binario" que ellos proponen y sostienen que la implementación sólo es obligatoria en los niveles relacionados con: (i) el deber de cooperación con la CPI (Arts. 86 y 88 E.R), y (ii) la incorporación en la legislación interna de los tipos penales para proteger la administración de justicia de la Corte, en tanto que sostienen "*no existe ninguna obligación de implementación en el Estatuto para hacer posible el enjuiciamiento en el Estado Parte*" (Op. cit.... p.83). Por su parte WERLE, quien centra su análisis en la necesidad de implementación del ECPI en el aspecto sustantivo, es decir, en la adecuación de los sistemas nacionales de justicia para crear las condiciones suficientes para el ejercicio de la jurisdicción preferente que se deriva de la complementariedad, sostiene que "*el Estatuto de la CPI no establece ninguna obligación de incorporar sus preceptos en el derecho interno (...) Ni los preceptos del Estatuto ni el antes mencionado principio de complementariedad obliga a los Estados Partes a promulgar leyes penales o a "copiar" el Estatuto. De hecho, los sistemas internos mantienen su autonomía en relación con su propia legislación interna aunque hayan pasado a ser parte del Estatuto de la CPI. El límite establecido en el Estatuto consiste en que el Estado esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento y en condiciones de hacerlo*". Y agrega al respecto que "*El mensaje del Estatuto de la CPI en cuanto a las características de la legislación penal interna es que los Estados deben estar dispuestos y en condiciones de perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, aplicando sus legislaciones, de forma similar a como lo haría la Corte Penal Internacional*". (WERLE op. cit. ps. 148 y 149).

⁷⁴ Al respecto también FRONZA y Malarino, quienes sostienen que "*El Estatuto de Roma solo obliga a los Estados partes a adaptar sus legislaciones internas para favorecer la jurisdicción complementaria de la CPI. En este sentido, cada Estado que ratifica el Estatuto de Roma se compromete a: regular todo lo atinente a la cooperación con la CPI (Arts. 86 y 88 ECPI; y a incorporar en su legislación interna tipos penales para la protección de la administración de justicia de la Corte (Art. 70 apartado 4. ECPI). El incumplimiento de estas obligaciones genera, en principio, responsabilidad internacional del Estado*" (op. cit. p. 83).

adecuarlo al ejercicio de la jurisdicciones prioritaria que le reconoce el tratado, o si se trata de una especie de implementación discrecional⁷⁵.

Si bien los Estados Partes cuentan con una cierta discrecionalidad sobre la forma de implementación del tratado en sus sistemas nacionales de justicia, no constituye una opción compatible con los principios, objeto y fines que orientan el tratado, el abstenerse de manera absoluta de adecuar su derecho interno a las exigencias que conlleva el enjuiciamiento de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, a efecto de ejercer la jurisdicción prevalente que les reconoce el tratado.

Este punto de vista se fundamenta en que en el Preámbulo del Estatuto se consigna que *“hay que adoptar medidas en el plano nacional (...) para asegurar que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no queden sin castigo, y seguidamente recuerda que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”*⁷⁶. Esta declaración plasma un compromiso adquirido por los Estados Partes, que debe ser interpretado de buena fe y de conformidad con el objeto y los fines del tratado⁷⁷. Teniendo en cuenta el carácter normativo del Preámbulo y su primado político y jurídico, se consigna en tales expresiones un compromiso de los Estados que no ofrece ninguna ambigüedad y que se alinea con el fin primordial del tratado cual es el de enfrentar la impunidad relativa a los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, así como con el objeto del mismo, consistente

⁷⁵ Para FRONZA y MALARINO, no existe ninguna obligación de implementación en el Estatuto para hacer posible el enjuiciamiento en el Estado Parte, comoquiera que el mismo no establece una obligación explícita para que los Estados modifiquen su derecho interno con miras a que sus propios tribunales puedan llevar a cabo el juicio y en esa medida se trataría de una actuación facultativa. La obligación del Estado Parte sólo estaría referida a ceder su jurisdicción en caso de no contar con la capacidad o voluntad de persecución. (op. cit, p. 83). WERLE, por su parte, tras señalar que los Estados gozan de una amplia discrecionalidad sobre la forma de implementar el derecho penal de carácter material, incluye la “no implementación”, y por ende la aplicación de la ley ordinaria preexistente, como una posibilidad no excluida por el Estatuto. Pese a sostener “la legalidad de esta solución cero” que, desde el punto de vista del derecho internacional, ha facilitado la ratificación del ECPI, admite que *“la no implementación del derecho penal internacional en el derecho interno no es una solución recomendable a largo plazo. Los Estados cumplirán con el espíritu y el plan del Estatuto de Roma cuando adapten su derecho interno al Estatuto”* (WERLE, sin subrayas, op. cit. p. 152).

⁷⁶ Apartados 4° y 6° del Preámbulo.

⁷⁷ De acuerdo con la regla general de interpretación de los tratados consignada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: *“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”*. (U.N.DocA/conf.39/27 (1969) 1155 U.N.T.S. 331. Entró en vigor el 27 de enero de 1980).

en la creación de un modelo de justicia desconcentrado fundado en la complementariedad, del cual forman parte medular los sistemas nacionales de justicia.

Lo anterior conduce a sostener que la implementación del ECPI para hacer posible el ejercicio de la jurisdicción preferente de los Estados Partes (ámbito sustancial), participa también del carácter obligatorio predicado de la implementación para cooperar con el trabajo de la Corte (Arts. 86 y 88 ECPI) y de la incorporación de los delitos para proteger la administración de justicia que imparte ese tribunal (Art. 70 ib).

En apoyo de este punto de vista conviene destacar la obligación primaria que adquieren los Estados Partes es la prevención de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. Además, tratándose de un sistema basado en la concurrencia de jurisdicciones, que reconoce la prioridad y preferencia de las jurisdicciones nacionales sobre la internacional, resulta contradictorio sostener que los Estados adquieren la obligación de cooperar con la jurisdicción complementaria de la Corte, pero que se reservan la facultad de establecer condiciones normativas e institucionales apropiadas para ejercer su competencia prioritaria. Un planteamiento de esta naturaleza desconoce la esencia del principio de complementariedad, el espíritu y fines del tratado, plasmados en el Preámbulo (prevención de la impunidad), así como el objeto del mismo (la configuración de un modelo complejo de justicia, basado en unos estándares que posibiliten una acción articulada de la comunidad internacional en su conjunto). Es tal el carácter vinculante de la implementación para posibilitar el ejercicio prioritario de la propia jurisdicción, que de no hacerlo, el Estado se verá enfrentado a la pérdida de la jurisdicción y con ello, del ejercicio del *ius puniendi*.

La idea de la obligatoriedad de la implementación sustantiva resulta fortalecida con el hecho de que, como ya lo han expresado tanto la Fiscalía de la Corte⁷⁸ como la Sala de Cuestiones Preliminares⁷⁹, la Corte sólo

⁷⁸ Fiscalía de la Corte. Cuarto Informe del Fiscal de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad. UNSC 1593 (disponible en www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_ReportUNSC4-Darfur_Engkish.pdf), 2005, p.4 (Consultado marzo 12 2013).

⁷⁹ Decision concerning PTC I's Decision of 10 February 2006 and the incorporation of documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo", ICC-01/04-01/06-8, 24 February 2006. Párrafo 50.

ejercitará su jurisdicción desde el punto de vista del factor personal en relación con aquellos líderes políticos y militares que tienen una mayor responsabilidad por promover, dirigir y/o perpetrar crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra que se hubieren cometido en la situación objeto de investigación. Ello significa que la gran mayoría de individuos involucrados en la preparación y ejecución de estos crímenes, como los mandos medios y los autores materiales, deberán ser investigados y enjuiciados por los órganos jurisdiccionales nacionales⁸⁰, y en consecuencia, la omisión en la implementación sustantiva del tratado, llevaría indefectiblemente a la impunidad.

Dicha obligatoriedad de implementación que surge para los Estados respecto de todos los ámbitos mencionados, incluyendo el sustantivo, no implica sin embargo, una obligación de incorporar taxativamente todos los preceptos del Estatuto en el derecho interno, puesto que para ello pueden existir inconvenientes razonables derivados de los mandatos constitucionales o de la tradición jurídica del correspondiente Estado. El deber que surge no es entonces de recepción plena de las norma del tratado en el derecho interno⁸¹, sino de adecuación de su sistema normativo y de justicia para hacerlo compatible con el principio de complementariedad y con el objeto y fines del tratado.

Los Estados conservan su autonomía para la configuración de las normas, procedimientos y mecanismo en que se plasme la implementación, así hayan pasado a ser parte del ECPI; la relación que debe establecerse entre los sistemas jurídicos nacional e internacional para una adecuada interacción, no es de identidad sino de compatibilidad⁸². No obstante dicha autonomía

⁸⁰ En este sentido también BASSIOUNI, M. Ch. *International Criminal Law: A Draft International Criminal Code*, 2ª ed. Transnational Publishers, 1999. p.p. 22-23. (Citado por, OLÁSULO ALONSO, Héctor. Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional. *En* Olásulo A., Héctor. *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p. 123).

⁸¹ La obligación surge con este alcance de incorporación plena en relación con los delitos para protegerá la administración de justicia de la Corte (Art. 70 ECPI).

⁸² En las diferentes experiencias de integración que conducen a la interacción de sistemas normativos nacionales y comunitarios o internacionales, se han desarrollado dos conceptos útiles para conciliar las exigencias de armonización que impone una normatividad supranacional a la que adhiere el Estado y su autonomía normativa a la cual no renuncia. Se trata de la denominada "*equivalencia funcional*" introducida en el Preámbulo del Convenio OCDE sobre la "*lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*" de la cual se derivan obligaciones relativas a la definición de infracciones, el reconocimiento de responsabilidades y la

normativa, existe un límite establecido en el propio Estatuto consistente en que los Estados deben mostrar, a través de esa implementación, disposición de llevar a cabo un enjuiciamiento, y condiciones para hacerlo⁸³, porque como lo destaca Ambos, *“el objetivo final de la persecución de delitos internacionales no es sólo la prevención de la impunidad, en los casos concretos (...) sino también la mejora de los sistemas de justicia penal (...) la cuestión del enjuiciamiento de serias violaciones de derechos humanos por el propio Estado está ligada a la cuestión de la reforma judicial, al Estado de derecho y a un mejor acceso a la justicia.”*⁸⁴

Es cierto, como lo destaca Werle que *“la solución más propicia al derecho internacional consiste en llevar a cabo una recepción completa de las normas sustantivas del Estatuto de Roma en el Derecho interno.”*⁸⁵ Sin embargo, como lo advierten Fronza y Malarino, ello no siempre será posible en razón a factores como la tradición jurídica del Estado, las especificidades normativas y particularmente la configuración constitucional del sistema jurídico en cuestión⁸⁶.

imposición de sanciones. Según esta noción el Convenio se debe aplicar *“sin exigir uniformidad o una modificación de principios fundamentales del sistema jurídico de una Parte”*. Según Mark PIETH *“Este método prestado del derecho comparado, tiene en cuenta la realidad empírica según la cual cada sistema de Derecho tiene su propia lógica, que no está determinada por los textos jurídicos sino que realiza una apreciación del sistema en su conjunto y su puesta en aplicación concreta, incluyendo las prácticas informales. Este método global que va más allá de las comparaciones institucionales, permite evaluar si los efectos producidos en un sistema jurídico nacional respetan las exigencias fijadas en el Convenio”* (PIETH, Mark. La armonización del derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio. *En* Morales, Marta M: Los caminos de la armonización penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009. P. 319.). La otra noción utilizada para fines de armonización es el de *“el margen nacional de apreciación”*. En aplicación de este criterio el tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que los Estados están en principio mejor situados que el tribunal internacional para determinar el sentido de las limitaciones fundadas en motivos de orden público. *“El tribunal no renuncia por tanto a realizar el control, sino que lo limita en función de un umbral de compatibilidad que determina la amplitud del margen. Se introduce así, entre los dos términos de la clásica alternativa [obligación de conformidad/ apreciación de la soberanía de los Estados], una obligación más ligera, denominada “compatibilidad”: mientras la conformidad responde a una exigencia de identidad (que se traduce en prácticas nacionales absolutamente conformes con la conducta prescrita por la norma internacional), la compatibilidad descansa en una exigencia de proximidad (que se traduce en prácticas suficientemente próximas de la norma internacional para ser juzgadas como compatibles)”*. (DELMAS-MARTY, Mireille. Los procesos de interacción. *En* Morales, Marta M: Los caminos de la armonización penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009. p. 533) (Negritillas fuera del original).

⁸³ Artículo 17 ECPI.

⁸⁴ AMBOS, Kai. El enjuiciamiento de los crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre justicia y realpolitik. *En*: Política criminal. Instituto de Ciencias Criminales Universidad de Göttingen, No. 4, 2007, pp. 1-16.

⁸⁵ Op. cit. p. 150.

⁸⁶ “El efecto armonizador del Estatuto....”. p. 88.

En conclusión, las necesidades de implementación que surgen en los dos ámbitos identificados (sustantivo y procesal) generan obligaciones para los Estados Partes, comoquiera que unas están establecidas de manera explícita (Arts. 86, 88 y 70 del ECPI), y otras (adecuación para el ejercicio de la jurisdicción estatal prioritaria) derivan del principio de complementariedad, del Preámbulo y en general del objeto y fines del tratado. No obstante, el Estado conserva un margen de discrecionalidad para dicha adecuación, comoquiera que esta se encuentra condicionada por factores ligados a la autonomía normativa de los Estados, tales como su tradición jurídica, las especificidades de su normatividad, y en especial, la primacía de sus preceptos constitucionales.

3.2.3. Los parámetros que orientan la implementación del Tratado de Roma en los sistemas estatales

En cuanto a los parámetros que deben guiar el desarrollo legislativo estatal, conviene recordar que al estar impulsado este, por el principio de complementariedad, debe tener como referente normativo las indicaciones concretas que puedan tener el Estatuto de la Corte Penal Internacional, los Elementos de los Crímenes (EC)⁸⁷ y las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP)⁸⁸, posibilitando así la función armonizadora que se atribuye a este principio. Estos parámetros dependen del ámbito en el cual se ubique la exigencia de implementación.

3.2.3.1. Parámetros para la implementación procesal

En lo que concierne a la implementación que hemos denominado *procesal* para posibilitar todas las formas de cooperación con la Corte, especificadas en las partes IX y X del ECPI, los parámetros que se pueden deducir son múltiples, comoquiera que se incluye en el ECPI una pormenorizada regulación sobre los requisitos que se deben cumplir en ciertas modalidades de cooperación como por ejemplo para la solicitud de asistencia (Art. 87); las solicitudes de detención y entrega (Art. 89 y 91); las solicitudes concurrentes de entrega (Art. 90).

⁸⁷ Aprobados por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Primer período de sesiones. Nueva York, 3 al 10 de septiembre de 2002.

⁸⁸ Aprobadas por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Primer período de sesiones. Nueva York, 3 al 10 de septiembre de 2002.

De manera general la implementación en materia de cooperación y asistencia exige a los Estados Partes estar en condiciones de efectuar la detención y entrega de la persona requerida (Arts. 89, 91, 92); recaudar pruebas relacionadas con la identificación y búsqueda de personas y objetos; practicar testimonios bajo juramento, informes periciales, allanamientos y decomisos, registros domiciliarios; transmitir registros y documentos, entre otros actos de prueba (Art. 93). Adicionalmente, los sistemas nacionales deben estar en condiciones de prestar cualquier otra asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de competencia de la Corte (Art. 93.1. letra I).

Respecto de este ámbito procesal, resulta pertinente la advertencia de Olásolo en el sentido que *“los legisladores nacionales continúan teniendo problemas para ajustar sus propuestas legislativas a la realidad procesal del ER. Cuestiones tan importantes como la distinción entre situaciones y casos continúan pasando desapercibidas para el legislador nacional, lo que es probable que conduzca a numerosos problemas en la aplicación interna de las leyes nacionales de cooperación”*⁸⁹, específicamente en materias como la remisión por las autoridades nacionales de situaciones de crisis⁹⁰ y de comunicaciones a la CPI⁹¹; la solicitud de inhibición de la Corte y la formulación del incidente de admisibilidad⁹², como consecuencia de las actuaciones desarrolladas a nivel nacional en relación con la situación o el caso objeto de la actividad de la Corte; y la eficacia en el ordenamiento jurídico interno de las declaraciones de admisibilidad de situaciones y de casos por la Corte.

La implementación procesal debe entonces tomar en cuenta no solamente los parámetros que se derivan de las parte IX y X del ECPI, en particular de

⁸⁹ OLÁSULO H. enfatiza en la distinción entre *“situaciones de crisis”* y *“casos, causa o asunto”*, para diferenciar ámbitos distintos de actuación ante la CPI. El estudio de las primeras se efectúa por la Corte en la fase previa de activación de la jurisdicción abstracta, en tanto que los segundos, constituyen el objeto del proceso penal propiamente dicho, en el que se evalúa si uno o varios de los delitos previstos en el ECPI han sido cometidos por personas imputadas. (OLÁSULO ALONSO, Héctor. Reflexiones sobre la necesidad de ajustar las legislaciones nacionales de cooperación con la Corte al marco del Estatuto de Roma. En Olásolo H. Ensayos sobre la Corte Penal Internacional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. p. 163.

⁹⁰ Artículos 13a) y 14 del ECPI.

⁹¹ Artículo 15 ECPI.

⁹² Artículos 18.2 y 19.2 del ECPI.

sus artículos 86 y 88, aplicables una vez que la Corte ha asumido formalmente una investigación, sino también los requerimientos que impone la fase previa de activación de la jurisdicción abstracta, deducidos de los artículos 13a), 14, 15.1, 18.2 y 19.2 ECPI. Sobre el alcance y contenido específico de estos parámetros de implementación se volverá más adelante al analizar el modelo y formas de cooperación previstas en el ECPI.

3.2.3.2. Parámetros para la implementación sustantiva

En relación con la denominada dimensión sustantiva de la implementación, esta constituye el escenario en el que es posible desarrollar de manera más eficaz la pretensión de armonización del derecho penal internacional que subyace en el principio de complementariedad. En este ámbito, es necesario que los sistemas nacionales adecuen su normatividad interna en varios aspectos como la configuración de tipos penales que permitan la persecución nacional de los crímenes que conforman la competencia material de la Corte; la adecuación de las categorías tradicionales de atribución de responsabilidad individual (formas de intervención en el crimen) a las exigencias de la criminalidad organizada; el establecimiento de un sistema de penas que responda a la gravedad de los crímenes; así como la recepción de los delitos contra la administración de justicia⁹³.

Como parámetros de implementación en relación con la tipificación de los crímenes de derecho internacional se pueden enunciar los artículos 6, 7 y 8 del ECPI que describen la competencia material de la Corte, y los Elementos de los Crímenes que desarrollan esas normas. Respecto de las categorías de imputación propias del derecho penal internacional resultan

⁹³ En relación con la obligación de incorporación, en los ordenamientos jurídicos internos, de los tipos penales para la protección de la administración de justicia de la Corte (Art. 70. 4 ECPI), la directriz del tratado hace referencia a la tipificación en el derecho nacional de los delitos enunciados en el apartado 1 del artículo 70⁹³, sin que la obligación incorpore la adopción de unos rangos punitivos específicos. Y si bien el apartado 3 del mismo precepto establece un máximo punitivo de cinco años de pena de reclusión o una multa, para el evento en que la Corte profiera decisión condenatoria respecto cualquiera de las conductas enunciadas en el apartado 1, esto a lo sumo constituirá un criterio político criminal que el Estado podrá valorar, al momento de la configuración de las normas, comoquiera que la obligación se hace explícita respecto a la incorporación en el derecho interno de las conductas previstas en el apartado 1. Adicionalmente, se estatuyen como parámetros de implementación respecto de estas conductas los criterios de territorialidad y personalidad activa, toda vez que los Estados aceptaron la jurisdicción de sus tribunales para estos delitos cuando se cometen en su territorio y por sus nacionales.

particularmente relevantes los artículos 25 ECPI que destaca el principio de responsabilidad individual y enuncia las formas admisibles de autoría y participación, y el artículo 28 ib. que establece los presupuestos para deducir responsabilidad a los jefes y otros superiores; y en cuanto a las penas los parámetros establecidos en la parte VII del ECPI.

De estos parámetros relativos a la implementación sustantiva, presentan especial relevancia el elemento global y de contexto para la tipificación de los crímenes internacionales y las categorías de imputación de responsabilidad en crímenes internacionales, a las que haré referencia a continuación.

3.2.3.2.1. El elemento global o de contexto en los crímenes internacionales

En lo que tiene que ver con la tipificación de los crímenes internacionales en el derecho nacional, un aspecto importante que debe ser objeto de consideración por los legisladores nacionales, es la particular configuración del crimen internacional, el cual exige un elemento global o de contexto.

En efecto, un componente característico, común a los delitos de derecho internacional es el contexto de violencia organizada en el que se desenvuelven⁹⁴, signo que los ubica en la categoría de la macro criminalidad⁹⁵. Este hecho fáctico comprende fundamentalmente *“comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”*⁹⁶. El delito de derecho internacional presenta así una configuración que precisa, además del hecho individual⁹⁷, el contexto de la violencia organizada, circunstancias de contexto, o elemento contextual.

⁹⁴ WERLE, Gerhard. Tratado... p.179.

⁹⁵ Se parte de un concepto amplio de macro criminalidad que comprende los crímenes internacionales de autores tanto estatales como no estatales, en los términos en que ha sido admitido por la configuración de los artículos 6. 7 y 8 del Estatuto de Roma.

⁹⁶ JÄGER, Makrocriminalität, citado por AMBOS en, Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. En: Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 21. APONTE CARDONA reseña este mismo texto sobre la materia, y además el de KLAUS Lüdersen (editor) *Aufgeklärte criminal Politik order der Kapf gegen das Böse?*. Vol. III. “Makrodelinquez”, en el cual ya se encuentran hipótesis de trabajo sobre justicia penal internacional.

⁹⁷ “Cualquiera de los actos siguientes” (Arts. 6, 7.1 y 8.2 b) y c) del Estatuto de Roma.

El elemento contextual del crimen internacional se encuentra presente en cada delito, ya sea como elemento objetivo del mismo o como ingrediente del aspecto interno del hecho. Así por ejemplo en el genocidio, el elemento de contexto forma parte del aspecto subjetivo del hecho, comoquiera que exige el propósito del autor dirigido a la destrucción de un grupo protegido. En los crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión, el contexto de violencia organizada constituye un elemento objetivo del tipo: el ataque sistemático o generalizado contra una población civil en el primero; el conflicto armado nacional o internacional en el segundo; y el acto de agresión armada planificado, preparado o realizado por quien controla la acción política o militar de un Estado, en el tercero.

3.2.3.2.2. Formas específicas de atribución de responsabilidad individual en crímenes internacionales

De otra parte, las particularidades que presentan estas modalidades delictivas y en especial el desafío que comporta la aplicación del principio de responsabilidad individual,⁹⁸ en contextos de actuación colectiva, ha dado lugar a un desarrollo paulatino de diferentes teorías orientadas a lograr un mayor grado de consistencia para la imputación de responsabilidad, desde el punto de vista objetivo y subjetivo, por conductas que configuran graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, cometidas por verdaderos aparatos de poder.

El esquema delictivo propio del crimen organizado comporta división de trabajo criminal; sin embargo, la visión clásica y tradicional de esta figura resulta insuficiente para enfrentar el fenómeno de macro criminalidad. La estructura jerarquizada de estas organizaciones incorpora una serie de

⁹⁸ Reafirmando la posibilidad de aplicar responsabilidad directa a los individuos por violaciones al derecho internacional, uno de los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg es aquel que se enuncia así: crímenes contra el derecho internacional son cometidos por individuos no por entidades abstractas, y solo castigando a los individuos que cometen tales crímenes las disposiciones del derecho internacional pueden hacerse valer. Décadas después este principio sirvió al Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia para fijar los fundamentos de la responsabilidad penal individual por violación al Art. 3º común a los Convenio de Ginebra de 1949, al señalar: *“Todos estos factores confirman que el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad individual por serias violaciones al artículo 3º común, complementado por otros principios y reglas generales para la protección de las víctimas del conflicto armado interno, y por violación de ciertos principios y reglas fundamentales concernientes a medios y métodos de combate en conflicto civil”* (Cámara de Apelaciones. Fiscal vs. Tádíc, 2 de octubre de 1995, párs. 128-137 y 134).

elementos de particular impacto en el diseño de una teoría de imputación ligada a las formas de participación criminal. La presencia de dirigentes o superiores que emiten *órdenes* generales y específicas con miras a fomentar o planear la ejecución de los delitos, exige establecer el nivel de control que ejercen aquellos sobre sus subordinados, quienes normalmente actúan como ejecutores materiales de los hechos. Así mismo, es importante establecer la adhesión de estos últimos a las órdenes impartidas, o su actuación desligada de los lineamientos generales o específicos emitidos por el superior.

Más allá de la idea de propugnar por una reacción proporcionada al nivel e importancia de la participación en el delito, en estas construcciones subyace una consideración práctica que auspicia la priorización de la persecución penal, enfocada hacia aquellos que, prevalidos de una posición dominante dentro de la estructura de la organización criminal, fomentaron y planearon la consumación de los crímenes. Adicionalmente, a partir de las categorías tradicionales de imputación resulta más factible el sometimiento a la justicia de los ejecutores materiales, que de aquellos que detentan un mayor rango, emiten las órdenes criminales, y se encuentran distantes del escenario físico de los hechos.

La jurisprudencia emitida por el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y, en menor medida, por la Corte Penal Internacional, sirviéndose de principios sentados en la experiencia de Nüremberg, por algunos tribunales nacionales⁹⁹ y por la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, ha elaborado algunas categorías bajo las cuales se ha imputado responsabilidad a las cabezas de las estructuras jerárquicas de las organizaciones criminales. A continuación se hace referencia a algunas de las categorías más relevantes aplicadas para fundamentar la responsabilidad individual de los superiores jerárquicos en criminalidad de sistema.

A. La responsabilidad de los jefes y otros superiores (responsabilidad por el mando)

⁹⁹ Particularmente en los casos Eichmann (Israel), Barbi y Touvier (Francia), Finta (Canadá), "My Lai" (USA), "Comandantes" (Argentina), Lettelier/Moffitt (Chile).

A diferencia de lo que ocurre con la gran mayoría de las categorías dogmáticas, generalmente incorporadas al derecho penal internacional desde el derecho nacional, esta figura es una creación originaria del derecho penal internacional¹⁰⁰. El punto de partida de esta teoría se ubica en el denominado “estándar Yamashita”¹⁰¹, precedente establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos y que pone el énfasis en el quebrantamiento de los deberes de vigilancia y supervisión en cabeza de los superiores jerárquicos. Los artículos 86 y 87 del Protocolo I de Ginebra de 1977, incorporan el principio de la responsabilidad por omisión de los superiores jerárquicos, en tanto que los artículos 7º, 6º y 28 de los Estatutos del TPIY, TPIR y de la CPI, respectivamente, prevén la figura de la responsabilidad penal individual de los jefes y otros superiores.

Bajo la teoría de la responsabilidad del superior¹⁰², puede hacerse responsable penalmente al comandante militar o al superior civil, por crímenes de derecho internacional cometidos por sus subordinados. El superior responde de los delitos perpetrados por las unidades bajo su mando, cuando aquel lesione, de forma reprochable, los deberes de control que le son propios. El fundamento básico de la imputación penal es la relación superior – subordinado, y el elemento central de esa relación es la existencia de un control efectivo del superior sobre sus subordinados.¹⁰³

¹⁰⁰ AMBOS, La parte General del Derecho Penal Internacional (2005) p. 26; WERLE, Tratado de Derecho Penal Internacional, p.225.

¹⁰¹ El General Tomoyuki Yamashita, detentó el cargo de Comandante General de la Armada Catorce del Ejército Imperial Japonés, y fue gobernador militar de las islas Filipinas desde finales de 1944 hasta 1945, cuando Estados Unidos tomó el control de las Islas. Los cargos formulados en contra del General Yamashita se presentaron así: “*Tomoyuki Yamashita, General del Ejército Imperial Japonés, entre octubre 9 de 1944 y 2 de septiembre de 1945, en Manila y otros lugares de Filipinas, mientras comandaba las fuerzas armadas de Japón en la guerra contra los Estados Unidos de América y sus aliados, de manera ilegal hizo caso omiso y falló en su deber como comandante, de controlar las operaciones de los miembros bajo su comando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros altos crímenes contra el pueblo de los Estados Unidos y sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas, y él, el General Tomoyuki, en consecuencia violó las leyes de la guerra*”. La Corte Suprema de Justicia estadounidense lo declaró culpable por los cargos, pese a que el militar acusado no participó directamente en la comisión de los delitos. (Ann Marie Prevost, “Race and war crimes: the 1945 war crimes trial of General Tomoyuki Yamashita”, en: Aponte Cardona A. Persecución penal de crímenes internacionales (2011) p. 214.

¹⁰² Esta terminología resulta más apropiada frente a la más estricta “responsabilidad de los mandos militares”, comoquiera que se reconoce su validez también en contextos no militares. Esta es la terminología que acoge el artículo 28 del ER: jefes y otros superiores.

¹⁰³ WERLE, Tratado...p. 227.

La necesidad de una categoría que amplíe la responsabilidad penal de los superiores se ha explicado, desde el punto de vista dogmático, en la estructura marcadamente jerárquica de la organización, la cual determina que conductas que se encuentran por debajo de los límites de participación directa en el hecho comporten un mayor potencial de peligrosidad; y desde el punto de vista probatorio, en que teniendo en cuenta que en este tipo de criminalidad, el grado de responsabilidad generalmente es indirectamente proporcional a la cercanía con la ejecución material del hecho, se dificulta la prueba referida a la participación, por lo que se ha entendido que la figura de la responsabilidad del superior *“funciona aquí en cierto modo como último recurso cuando fracasa la prueba de la responsabilidad directa del superior”*.¹⁰⁴

Esta categoría que surgió en el seno del derecho internacional consuetudinario,¹⁰⁵ ha sido reafirmada por la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda¹⁰⁶, e incorporada en el

¹⁰⁴ Ibídem. p. 225. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha establecido que si un superior interviene en el hecho del inferior, tiene preferencia la participación directa en el hecho frente a la responsabilidad derivada del artículo 28 del Estatuto de la CPI. (TPIY, sentencia de 31 de marzo de 2003, caso Naletilic´ y Martinovic´, párr. 78 y ss.; TPIY, sentencia de 2 de agosto de 2001, caso Kristic´TC. Parág. 605.

¹⁰⁵ Pese a que ni el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, ni el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Lejano Oriente contenían una regulación sobre esta figura, logró consagrarse en la jurisprudencia proferida en materia de crímenes de guerra por el US Military Tribunal en Manila (caso Yamashita), y por el US, Military Tribunal, Núremberg, (sentencias de 20 de agosto de 1949, juicio a Kart Brandt u. a. en el llamado “Medical Trial”; sentencia del 19 de febrero de 1948, juicio a Wilhelm List u.a. en el llamado “Hostages Trial”; sentencia de 28 de octubre de 1948, juicio a Wilhelm von Leeb et al., en el llamado “High Command Trial”).(Referencias tomadas de WERLE, op cit. p.p. 708). Así mismo, los artículos 86 y 87 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, ya preveían la responsabilidad del superior por los hechos de los subordinados, limitando su margen de aplicabilidad al evento de que el superiores *“sabían o poseían información”* que les permitiera concluir que el subordinado, en las circunstancias del momento, estaba cometiendo o iba cometer la infracción, y no tomó las medidas factibles a su alcance para impedir o reprimir la infracción.

¹⁰⁶ Esta categoría de imputación ha sido aplicada en TPIR-96-4-T, Sala de Primera Instancia, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, sentencia del 2 de septiembre de 1998, analizó la aplicación del principio de responsabilidad del superior jerárquico a los civiles, concluyendo que resulta ser controversial por lo que conviene evaluar, caso por caso, la autoridad que efectivamente repose en el acusado, a fin de decidir si este último tiene el poder de imponer todas las medidas necesarias y razonables para impedir la comisión de actos imputados o de punir a los autores de estos. TPY-01-47-AR73. Sala de Apelaciones. Fiscal vs. Hadzihasanovic y otros, sentencia del 16 de julio de 2003, reconoció que la responsabilidad del superior jerárquico en los conflictos armados internos se encuentra prevista en el derecho internacional consuetudinario. Sostuvo al respecto que *“la responsabilidad del superior jerárquico hacía parte integral, para la época de los hechos, del derecho internacional consuetudinario, en la medida en que se aplica a los crímenes de guerra cometidos en el marco de un conflicto armado interno”*. TPIY-IT-98-29-T. Sala de Primera Instancia, sentencia de diciembre 5 de 2003. Fiscal vs. Stanislav Galic, sobre la prueba circunstancial relativa al conocimiento por parte del superior militar acerca de los actos criminales de los subordinados: *“(…) Dadas las circunstancias prevalentes durante el conflicto, la*

Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁰⁷, con los siguientes elementos: (i) la existencia de una relación superior – subordinado; (ii) el superior debe saber o imprudentemente ignorar que el subordinado se propone cometer un crimen de derecho internacional o que ya lo haya cometido; (iii) el superior debe omitir la realización de las medidas necesarias y razonables para evitar la comisión del hecho delictivo o para perseguir penalmente al subordinado; y (iv) el crimen debió cometerse en razón de no haberse ejercido (por el superior) un control apropiado.

De este modo el ECPI proporciona una serie de parámetros para la implementación que deben desarrollar los Estados tanto en el aspecto procesal (al servicio de la Corte), como en el sustancial (al servicio del Estado para el ejercicio de su jurisdicción prioritaria), comoquiera que se trata del punto de referencia para la implementación. Sin embargo como se ha indicado existe un ámbito de autonomía de los Estados en la adopción de la legislación de implementación, reconocido en razón de su particular tradición jurídica, sus especificidades normativas, y de manera muy relevante de las pautas que le señala su ordenamiento constitucional.

B. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder

La autoría mediata¹⁰⁸ es reconocida de manera general por el derecho penal internacional¹⁰⁹. La forma más importante de autoría mediata en derecho

notoriedad de ciertos incidentes descritos en el escrito de acusación y el carácter sistemático de estos actos criminales que se extendieron durante un período de tiempo prolongado, en conjunto con el cubrimiento mediático del cual el cuerpo SRK estaba al tanto, la tesis de ignorancia del acusado se convierte en indefendible". TPIY. IT-99-36-T. Sala de primera instancia. Asunto. Fiscalía vs. Radoslav Brdanin, sentencia del 1° de septiembre de 2004. En esta sentencia se enuncian los elementos que integran la responsabilidad individual del superior por el mando conforme al artículo 7.3 del ETPIY, y aclara que *"La relación jerárquica puede existir en virtud de la posición de autoridad de iure o de facto de una persona. No se hace necesario que la relación de subordinación sea oficial y no debe ser determinada por el solo estatuto oficial".* El control efectivo, se define *"como la capacidad material de prevenir o sancionar la perpetración del crimen"*. De modo que *"una influencia apreciable sobre los subordinados"* no basta para cumplir con este criterio. En TPIY, IT—02-60-T. Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, se reiteró el criterio de la necesidad de un "control efectivo", y de que el vínculo jerárquico puede provenir de una autoridad *de iure o de facto*, pero debe ser un *"vínculo formal"*. (Extractos, tomados de RAMELLI ARTEAGA, "Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia", pp. 551 a 584.

¹⁰⁷ Art. 28 ER.

¹⁰⁸ Esta teoría proviene de los desarrollos doctrinarios que se han producido en los sistemas nacionales de justicia, trasladándose al derecho penal internacional. Fue propuesta desde la década de los setenta por el penalista alemán Claus Roxin, y aplicada por muchos tribunales nacionales. Los requisitos para la existencia de la autoría mediata, de acuerdo con el referido penalista alemán, son: (I)

penal internacional es el control o dominio por organización, en virtud de la cual el hombre de atrás (autor indirecto) domina la voluntad del autor directo y sus actos, por medio de un aparato de poder organizado. La responsabilidad penal se fundamenta en el control del autor mediato sobre el hecho o acto criminal¹¹⁰. Se trata de una forma muy particular de autoría mediata¹¹¹, que se ha desarrollado en el contexto de la macro criminalidad, en donde los autores directos actúan con plena responsabilidad penal.

Esta teoría ha sido aplicada con notable utilidad por algunos tribunales nacionales. Así por ejemplo, en Argentina en los juicios adelantados en contra de los integrantes de las juntas militares que gobernaron a ese país entre 1976 y 1983¹¹²; en Chile en relación con crímenes imputados a miembros de la DINA¹¹³, en Alemania se empleó para atribuir responsabilidad a los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la antigua República Democrática Alemana, en el caso de los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín, e igualmente en los procesos de Nüremberg contra varios juristas alemanes¹¹⁴. En el Perú, la

La existencia de una organización jerárquica, como requisito general; y (II) como requisitos específicos: (i) El poder de mando del autor mediato; (ii) la desvinculación de la organización del Derecho; (iii) la fungibilidad del autor directo; y (iv) la predisposición del autor directo para la realización del hecho ilícito. (ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Madrid: Marcial Pons. 7ª. ed., 2000, pp.570 ss).

¹⁰⁹ El artículo 25.3.a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que: [...] “3.De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a). Cometa ese crimen por sí solo, con otro o **por conducto de otro**, sea este o no, penalmente responsable.” (Negrillas fuera del original).

¹¹⁰ AMBOS, Kai. Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho Penal Internacional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pp.135 y ss.

¹¹¹ Su particularidad radica en que se trata de una forma de autoría que “*va más allá de las formas clásicas de autoría mediata que se caracterizan por el uso de un autor directo como mero instrumento por el autor mediato, en donde el autor directo actúa sin responsabilidad penal por la existencia de un defecto mental. En este caso tiene sentido hablar de autoría “mediata”, pues el autor directo es sólo un instrumento en las “manos” del autor directo y es dominado y controlado por la voluntad y conocimiento de este*”. (AMBOS, K. Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia del Ex presidente peruano Alberto Fujimori. En. AMBOS K. y Meini I. (Editores) La autoría mediata. El caso Fujimori. Bogotá: Ed. Axel, 2011, p.74).

¹¹² MALARINO, Ezequiel. El caso argentino. En. Imputación de crímenes de los subordinados a los dirigentes. Bogotá: GIZ-Temis, 2009, pp.39 y ss.

¹¹³ Gil, Gil, Alicia. El caso español. En. Imputación de crímenes de los subordinados a los dirigentes. Bogotá: GIZ-Temis, 2009, p. 87.

¹¹⁴ AMBOS, Kai. El caso alemán. En. Imputación de crímenes de los subordinados a los dirigentes. Bogotá: GIZ-Temis, 2009, pp. 25 y ss.

Corte Suprema de Justicia ha aplicado esta teoría en los casos del líder de Sendero luminoso Abimael Guzmán¹¹⁵ y el ex presidente Alberto Fujimori¹¹⁶.

La Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional también ha acudido a la figura de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, en el caso “Fiscal vs. Katanga/Ngudjolo Chui”¹¹⁷. Como lo sintetiza Ramelli¹¹⁸, con referencia a Olásolo¹¹⁹, *“La Sala de Cuestiones Preliminares consideró que en la investigación y juzgamiento de crímenes de competencia de la CPI resultaba perfectamente aplicable tal forma de intervención criminal, por las siguientes razones: 1) la figura encuadra dentro del texto del Estatuto de Roma (art. 25.3); 2) las jurisdicciones penales nacionales la han aplicado en numerosos e importantes casos de violaciones masivas de derechos humanos; y 3) encuentra algunos antecedentes en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales”*.

Esta teoría ha demostrado una notable utilidad como forma de atribución de responsabilidad individual en casos de responsabilidad macro criminal de autores por mando, comoquiera que ha permitido hacer visible la responsabilidad de este tipo de autores, y determinar de manera adecuada el contenido del injusto y de la culpabilidad. Por ello, aunque muchos sistemas nacionales la han desarrollado jurisprudencialmente, su inclusión explícita en la normatividad, en desarrollo del proceso sustantivo de implementación,

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Segunda Sala Penal Transitoria. Asunto: Abimael Guzmán Reinoso y otros, sentencia del 23 de noviembre de 2007. En este caso la Corte Suprema de Justicia peruana consideró que la teoría de la autoría mediata era aplicable a organizaciones armadas al margen de la ley, siempre y cuando se cumplieran determinadas condiciones: (i) Que se tratara de una estructura jerarquizada rígida; se presentara fungibilidad entre los autores inmediatos; (iii) se estuviera ante un apartamiento del ordenamiento jurídico.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Sala Penal Especial. Asunto: Alberto Fujimori, sentencia del 17 de abril de 2009. En esta sentencia la Corte Suprema de Justicia consideró que, en el caso concreto del ex presidente Fujimori, concurrían los requisitos de la autoría mediante aparatos organizados de poder, toda vez que existía previamente una organización estructurada con: (i) asignación de funciones, y (ii) organización jerarquizada que desarrollaba “su vida funcional” con independencia de la de sus integrantes. Adicionalmente verificó: (i) La existencia de un poder de mando; (ii) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; (iii) la fungibilidad del ejecutor inmediato; (iv) la elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho.

¹¹⁷ ICC-0170401707. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, asunto: Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, decisión del 30 de septiembre de 2008, para. 470 y ss.

¹¹⁸ RAMELLI, Alejandro. *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Giz-Universidad de los Andes- Embajada de la República Federal de Alemania, 2011, p.470.

¹¹⁹ OLÁSULO, Héctor. *El desarrollo en Derecho Penal Internacional de la coautoría mediata*. En: *Derecho penal contemporáneo*, número 27, 2009, p.80.

contribuiría a fortalecer las herramientas para endilgar responsabilidad penal a los dirigentes civiles y militares de organizaciones legales e ilegales, en la comisión de crímenes internacionales.

C. *La empresa criminal conjunta*

Con mayor tradición en el derecho internacional, se encuentra la empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*) como herramienta para la atribución de responsabilidad individual, en aquellos eventos en que en la comisión del crimen internacional participan varias personas. Esta forma de intervención en el crimen internacional se encuentra prevista de manera general en el art. 25.3.a) del ECPI (“*Cometa este crimen [...] con otro*”).

La teoría de la *empresa criminal conjunta* ha sido de gran utilidad en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia¹²⁰, órgano que se ha basado para su aplicación en la jurisprudencia de la posguerra, considerada parte del derecho internacional consuetudinario¹²¹. Según la jurisprudencia del TPIY, el elemento determinante en la comisión conjunta se encuentra en la existencia de un plan común, el cual debe ir dirigido a la comisión de uno o varios crímenes de derecho internacional. Sin embargo, ha indicado que el acuerdo no tiene que producirse necesariamente antes de la comisión del delito; también puede ser espontáneo; y su existencia puede ser deducida de la cooperación desarrollada entre las diferentes personas que llevan a cabo la ejecución de la empresa criminal¹²².

¹²⁰ TPIY, Sala de Apelaciones. Fiscal vs Tadic´, sentencia de julio 15 de 1999, parágs. 194 y ss.; TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal vs. Kupreskiv´, sentencia de 14 de enero de 2000, parág. 772; TPIY, Sala de Apelaciones, Fiscal vs. Furundzija, sentencia de 21 de julio de 2000, parág. 119; TPIY. Sala de Primera Instancia, Fiscal vs. Kvočka, sentencia de 2 de noviembre de 2001, parágs. 265 y ss; TPIY, Sala de Primera Instancia, Fiscal vs. Vasiljevic´, sentencia de 29 de noviembre de 2002, parág. 63 y ss.

¹²¹ WERLE, G. Tratado...p. 215.

¹²² Según lo reseña WERLE, en la jurisprudencia del TPIY, el concepto de “*empresa criminal conjunta*” engloba tres categorías diferentes: (i) la primera, incluye a los casos en los que un grupo de personas comparte la intención de cometer un crimen de derecho internacional y este se ejecuta de conformidad con un plan común; los coautores llevan a cabo distintos roles, a través de los cuales efectúan un aporte causal significativo a la realización del plan común. Dicha aportación no tiene que estar necesariamente relacionada con la fase de ejecución del delito, es suficiente una contribución en la fase de preparación. No es necesario que los autores se encuentren organizados como una unidad militar, política o administrativa. (ii) La segunda, incluye los crímenes cometidos por un grupo de personas, en especial miembros de grupos militares y políticos, dentro de sistemas de maltrato. A esta categoría se han adscrito los casos de los denominados *campos de concentración*. Para fundamentar

La anterior referencia a algunas teorías sobre formas de intervención en el crimen de derecho penal internacional, que han mostrado utilidad en procesos adelantados por tribunales nacionales e internacionales, como es el caso de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, la empresa criminal conjunta, y la responsabilidad por el mando de jefes militares y superiores civiles, esta última acogida expresamente en el ECPI, demuestra la importancia de una armonización del derecho penal internacional, a través de la implementación sustantiva del ECPI en los sistemas nacionales de justicia. Esta labor debe propiciar un diálogo y una interacción entre el derecho nacional y el internacional en materia de crímenes internacionales, a fin de cumplir con el cometido previsto en el Preámbulo del ECPI de aunar acciones para asegurar que los autores de estos crímenes sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

3.2.4. Los principales obstáculos que presenta el proceso de implementación desde el punto de vista jurídico.

La adecuación de la legislación interna, como se indicó en el aparte anterior debe tener en cuenta los parámetros suministrados por el Estatuto (efecto armonizador), pero también las normas constitucionales del Estado que implementa. No obstante la experiencia de la implementación muestra que la conciliación de estos dos referentes se ha convertido en una de las mayores dificultades que ha enfrentado el proceso de implementación del ECPI¹²³.

Sobre el particular, es preciso definir hasta qué punto, en el desarrollo legislativo orientado a la implementación, un Estado Parte puede apartarse

la responsabilidad a título de coautoría en esta modalidad, es necesario, desde el punto de vista objetivo, la existencia de un sistema para el maltrato de los prisioneros o para la comisión de los crímenes de derecho internacional. El autor debe participar de manera activa en la implementación de este sistema represivo; participación que se derivará de la posición del acusado y de sus funciones específicas. Desde el punto de vista subjetivo se requiere que el autor sea consciente del carácter del sistema, y de que actúa con la intención de apoyarlo. Esta intención puede inferirse también de la posición de autoridad del autor. (iii) La tercera (extensiva), se refiere a los supuestos en que uno de los coautores comete un exceso que va más allá del plan común, si ellos son consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan. Desde el punto de vista subjetivo, el interviniente debe haber aceptado de manera consciente el riesgo de que se produjera la consecuencia, o al menos este debe haberle sido indiferente. (WERLE, G. Tratado.....pp. 215-217).

¹²³ Sobre los obstáculos a la ratificación e implementación del tratado específicamente en América Latina AMBOS, K. y MALARINO E. (editores). Dificultades jurídicas y políticas a la ratificación o implementación del Estatuto de Roma en América Latina. Montevideo: KAS. 2005.

de los parámetros del ECPI para respetar las especificidades de su ordenamiento constitucional. Cabe recordar que el ECPI contempla ciertos tratamientos a determinadas materias que entran en conflicto con las Constituciones de muchos Estados y que por ende han incidido negativamente en el proceso de implementación “*conforme a los parámetros del ECPI*”. Así ocurre con la admisión de la prisión perpetua (Art. 77 apartado 1. Letra b); la tipificación abierta o imprecisa de algunas conductas delictivas que riñen con una concepción estricta del principio de legalidad (así por ejemplo el artículo 7 apartado 1, letras g), h) y k); la posible afectación del principio de culpabilidad por la regulación de categorías de imputación como la responsabilidad del superior (Art. 28), o la irrelevancia del error de derecho como excluyente de responsabilidad (Art. 32); la posibilidad de afectación del *ne bis in idem* por la relativización del principio de la cosa juzgada estatal (Art. 20.3); y la figura de la irrelevancia del cargo (Art. 27) que puede entrar en tensión con inmunidades y procedimientos especiales para el enjuiciamientos de autoridades de alto nivel.

Aunque los Estados han adoptado diferentes estrategias al respecto, como se desarrollará en el capítulo cuarto, las cuales dependen de una diversidad de factores como la manera como conciben las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, debe recordarse que el ECPI es el producto de un consenso entre sistemas jurídicos pertenecientes a diversas tradiciones jurídicas, con sus especificidades culturales y normativas, y si bien como ya se indicó, al principio de complementariedad que rige el modelo de justicia configurado en el ECPI se le atribuye una función armonizadora del derecho penal internacional, esto no equivale a una exigencia de reproducción literal de las normas del tratado.

Los Estados Partes tienen el deber de *adecuar* su derecho nacional a los requerimientos del modelo de justicia establecido en el ECPI para poder actuar funcionalmente en la dinámica que impone la complementariedad. La adecuación como técnica para la implementación comporta un cierto grado de flexibilidad para los Estados a la hora de la configuración normativa. De manera que, y en esto coincidimos con Fronza y Malarino, “*en principio solo*

*podría ser juzgada inadecuada una legislación que lo sea manifiestamente*¹²⁴.

Para esta valoración cobra particular relevancia la jerarquía de la norma constitucional, su carácter fundamental y su vinculación a la concepción misma del Estado, circunstancias que podría eventualmente justificar un cierto distanciamiento del legislador estatal de los parámetros de implementación suministrados por el Estatuto. De modo que *“la CPI debería aceptar apartamientos de los parámetros de implementación – y, por tanto no debería arrogarse la competencia suplementaria- cuando tales desviaciones tengan en cuenta valores jurídicos fundamentales del Estado Parte; esto es, normas fundamentales que expresan una precisa concepción del Estado. Las garantías constitucionales del proceso penal y del Derecho penal sin duda alguna forman parte de estas normas fundamentales”*.¹²⁵

Esta solución no se presenta a espaldas del contenido del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, conforme al cual le está vedado a un Estado Parte invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Como se indicó, la obligación de implementación que surge para los Estados Partes es de adecuación de sus sistemas de justicia, y no de incorporación literal, a efecto de que pueda cumplir con las exigencias que le plantean la complementariedad y la cooperación. Este planteamiento de alguna manera encuentra respaldo en el contenido del artículo 93.3 del ECPI, según el cual cuando la ejecución de una determinada medida de asistencia solicitada por la Corte *“estuviere prohibida en el Estado requerido por un principio fundamental de derecho de aplicación general”*, el Estado requerido podrá celebrar consultas con la Corte para tratar de resolver la diferencia. En la consulta se deberá considerar si se puede prestar la asistencia de manera distinta o condicionada. *“Si, después de celebrar la consulta, no se pudiere resolver la cuestión, la Corte modificará la solicitud según sea necesario”*. Norma esta que a su vez se coordina con el artículo 93 apartado 1, letra I), según el cual los Estados se comprometen a cumplir con *“cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada*

¹²⁴ Op. cit. p. 92.

¹²⁵ *Ibidem*.

a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de competencia de la Corte”.

Se reafirma entonces que los referentes para la implementación que debe realizar el Estado en su Derecho interno, son los parámetros del ECPI, armonizados con el marco constitucional estatal, en particular con las normas que contienen valores jurídicos fundamentales del Estado Parte.

3.3. La función reguladora de las relaciones entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales, atribuida al principio de complementariedad.

El principio de complementariedad, eje rector de las relaciones entre la Corte Penal Internacional y los sistemas nacionales de justicia, se manifiesta en una serie de elementos a través de los cuales se entreteje una delicada red que atraviesa el Estatuto y en la que se advierte una pretensión de equilibrio entre el interés de la comunidad internacional por erradicar la impunidad respecto de la criminalidad extrema que atenta contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, y la soberanía de los Estados.

Esos elementos que dan cohesión y coherencia al Estatuto en torno al principio de complementariedad son: (3.3.1) la concurrencia de jurisdicciones y el reconocimiento de la jurisdicción preferente de los tribunales nacionales; (3.3.2) La adscripción del control sobre la jurisdicción y la admisibilidad al tribunal internacional, sobre la base de unas causales predeterminadas; (3.3.3) la relatividad del efecto de cosa juzgada interna.

3.3.1. La concurrencia de jurisdicciones y el reconocimiento de la jurisdicción preferente de los tribunales nacionales¹²⁶.

El reconocimiento de la jurisdicción preferente o prioritaria de los tribunales nacionales sobre la situación de que se trate, constituye una expresión del principio de complementariedad y se encuentra plasmada en el Preámbulo del ECPI (párrafo 6°), y concretada en los artículos 1°, 17, 18 19 y 20 del mismo cuerpo normativo, normas estas que le imprimen significado y alcance al mencionado principio. El primero de los preceptos mencionados incorpora el principio de complementariedad, en tanto que los demás lo desarrollan y le dan alcance.

El artículo 17 regula las cuestiones de admisibilidad y suministra los criterios para determinar, cuándo un estado carece de capacidad jurídica o de disposición política para investigar o juzgar los crímenes implicados en una situación de crisis. Esta norma, parte de la premisa de que la jurisdicción nacional tiene en principio la prioridad para investigar o enjuiciar un asunto concreto, a menos que se de alguna de las circunstancias que permitan deducir a la Corte, que la jurisdicción nacional no cuenta con la capacidad suficiente o no exhibe la voluntad necesaria para llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento de un crimen de competencia de la Corte.

El objetivo fundamental que subyace en el establecimiento de unos criterios de inadmisibilidad radica en determinar si existe un Estado con jurisdicción sobre el crimen en cuestión, y si cuenta con la capacidad y con la disposición

¹²⁶ A este principio se le ha denominado también de “*primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la jurisdicción de la CPI*” y parte de la configuración de la CPI como una jurisdicción de “*ultima ratio*”. Constituye la otra cara de la moneda de la “*primacía material de la jurisdicción de la CPI frente a las jurisdicciones nacionales*”, mediante el cual se le atribuye a la CPI la potestad para decidir sobre su propia jurisdicción. Al respecto precisa Héctor Olásolo: “*Acordada la configuración de la CPI como una jurisdicción de última ratio que sólo puede activarse ante la inacción, falta de auténtica disposición o incapacidad de las jurisdicciones nacionales, los negociadores abordaron la cuestión de quién debería tener el poder jurídico para aplicar el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la CPI. Se trataba ésta de una cuestión clave porque la atribución a la CPI de este poder jurídico convertiría el principio de primacía de las jurisdicciones nacionales en un principio de carácter formal cuya aplicación quedaría en manos de la CPI, mientras que la no atribución de a la CPI de este poder jurídico impediría, a buen seguro, toda actuación de la CPI puestos que se estaría dejando en manos de los Estados afectados la decisión última sobre si corresponde o no la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI con respecto a situaciones de crisis en las que se encontrasen directamente involucrados*”. (OLÁSULO ALONSO, Héctor. Corte Penal Internacional ¿Dónde Investigar?, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 227). En similar sentido, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. La progresiva institucionalización.....p. 260.

requeridas para investigar y enjuiciar dicho crimen. Bajo esas condiciones, se respetará la prioridad de la jurisdicción nacional. Al observar las hipótesis de inadmisibilidad previstas en el numeral primero del artículo 17, relacionadas con el principio de complementariedad¹²⁷, se constata que todas ellas parten del reconocimiento de la jurisdicción preferente del respectivo Estado¹²⁸ “*salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo*”.

Sólo si se presenta alguna de las circunstancias detalladas en los numerales 2º y 3º del artículo 17, bajo los conceptos de falta de *disposición* o falta de *capacidad* de los sistemas judiciales nacionales para conocer del asunto, la jurisdicción preferente del respectivo Estado es desplazada por la de la Corte Penal Internacional.

En el numeral 2º del artículo 17 se recogen las circunstancias¹²⁹ que estructuran la *falta de disposición* del Estado para asumir el caso conforme a los estándares que exige un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional. Estas, están relacionadas con el adelantamiento de actuaciones, o la adopción de decisiones, orientadas por el propósito deliberado de sustraer a la persona de su responsabilidad penal, o de obstaculizar su comparecencia, como la demora injustificada en el juicio, o la falta de imparcialidad e independencia en la sustanciación del mismo.

¹²⁷ La hipótesis referida a que: (iv) el asunto no presenta la gravedad suficiente para ser conocido por la Corte, es un desarrollo del principio de oportunidad que se reconoce a este tribunal, según el cual le corresponde valorar el umbral de gravedad de los crímenes; aquellos que no superen ese umbral, deben ser objeto de investigación y enjuiciamiento por los tribunales nacionales.

¹²⁸ Se señalan como hipótesis de inadmisibilidad que: (i) el caso está siendo investigado o enjuiciado por un Estado con jurisdicción sobre él; (ii) el asunto ya ha sido objeto de investigación por el Estado con jurisdicción sobre él, y ha determinado que no va a incoar la acción penal; (iii) el asunto ya ha sido totalmente sustanciado por el Estado con jurisdicción sobre él, al punto que hay cosa juzgada; y (iv) el asunto no reviste la gravedad suficiente para adoptar otras medidas por la Corte.

¹²⁹ La disposición hace referencia a que: (i) el juicio haya estado o esté en marcha, o que la decisión nacional hubiese sido adoptada con el fin de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte; (ii) que se haya dado una demora injustificada en el juicio, incompatible con la intención de hacer comparecer a dicha persona ante la justicia; (iii) que el proceso a nivel nacional no haya sido llevado a cabo de modo independiente o imparcial o de forma incompatible con la intención antes mencionada.

Aunque se trata de criterios de naturaleza fáctica, que involucran una pretensión de objetividad¹³⁰, más no de exhaustividad, permiten a la Corte un amplio margen de valoración cuantitativa y cualitativa sobre la naturaleza y la potencialidad de la actuación o decisión analizada para obstruir o evadir una administración de justicia acorde con los principios de independencia e imparcialidad. No obstante, los criterios previstos en el ECPI como indicativos de falta de disposición de los tribunales nacionales para conocer de un asunto, deben ser interpretados bajo un “*estándar alto de valoración*”¹³¹, toda vez que están orientados por el propósito de que la Corte no interfiera en las investigaciones o los enjuiciamientos locales a menos que sea evidente la intención deliberada de eludir la acción de la justicia.

El criterio de la *incapacidad* de los sistemas nacionales para investigar o enjuiciar un asunto de competencia de la Corte es explicado en el numeral tercero del artículo 17. Este aparte plantea tres eventos: el colapso total, el colapso sustancial del sistema de administración de justicia nacional y la inexistencia (carencia) de un aparato de justicia. El colapso total ha sido entendido como una ruptura completa de la administración de justicia, ya sea debido a que el Estado pierde el control efectivo sobre el territorio¹³², la carencia de un mecanismo efectivo de imposición de la ley, o a la decisión interna de hacer desaparecer la administración de justicia¹³³. El colapso

¹³⁰ La definición de los supuestos que darían lugar a la identificación de la falta de disposición de los tribunales nacionales para conocer de un asunto, fue una materia que planteó diversos problemas en la Conferencia de Roma. Un importante número de delegaciones impulsaban la no inclusión de criterios con un componente excesivamente subjetivo. En el seno del Comité Plenario de la Conferencia, según lo refiere Williams Sh. citado por Triffterer O. op. cit., varias delegaciones se opusieron al párrafo segundo del artículo 15 del proyecto, que proporcionaba a la Corte una amplia discreción para determinar la falta de disposición del Estado, sin agregar criterios objetivos. Se utilizaban expresiones de contenido eminentemente subjetivo como “*aparentemente fundada*”, “*efectiva*” o “*inefectiva*”, “*buena fe*” y “*diligentemente*”.

¹³¹ HOLMES, J.T. Complementarity: National Courts versus the ICC. Citado por Quesada, C. op. cit. p. 329.

¹³² AMBOS, Kaki. El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma) Un análisis sistemático de la compleja relación entre jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional. Artículo. Consultado en www.indret.com. El 12 de noviembre de 2010.

¹³³ Esta hipótesis fue considerada en la Conferencia de Roma como el factor más relevante para determinar la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para conocer de un asunto. Inicialmente este presupuesto de inadmisibilidad fue propuesto como *colapso total o parcial* vinculado a fenómenos tales como la extensión con que el Estado ejercía un control efectivo sobre el territorio, la existencia de mecanismos efectivos de imposición de la ley. Otros criterios eran, si el Estado estaba en capacidad de detener al acusado y de asegurar las pruebas necesarias.

sustancial¹³⁴, es de carácter funcional y tiene que ver con la imposibilidad de cumplir con actividades esenciales de la administración de justicia penal como la de hacer comparecer al acusado, disponer de las pruebas y los testimonios necesarios para enjuiciar, u otras razones que impidan llevar a cabo el juicio.

La concurrencia de jurisdicciones que caracteriza al principio de complementariedad, y el carácter preferente que se le atribuye al “*Estado que tiene jurisdicción*” sobre el asunto objeto de una investigación o enjuiciamiento, plantea la cuestión acerca de si la decisión de no llevar a cabo una implementación sustancial del ECPI en el Derecho nacional, en particular, la resistencia a incorporar los tipos penales previstos en el instrumento internacional, a fin de crear las condiciones normativas básicas para su investigación, enjuiciamiento y sanción, podría ser considerada como falta de capacidad o de disposición de la jurisdicción nacional.

Aunque todavía la Corte no se ha pronunciado acerca del impacto que pueda tener sobre el test de admisibilidad, previsto en el artículo 17 ECPI, el hecho de que los sistemas nacionales de justicia no hubiesen incorporado a su Derecho interno los tipos penales de competencia de la Corte, de la teleología del tratado y en especial de los requerimientos emanados del principio de complementariedad, se deriva que los Estados que asumen esta actitud omisiva frente a las exigencias de adecuación de su sistema de justicia para responder a la dinámica que le plantea el mencionado principio, se están exponiendo a la posibilidad de que su jurisdicción sea desplazada respecto de una situación o un caso en particular. Examinadas las condiciones normativas específicas del Estado que tenía la jurisdicción preferente, es factible deducir, de la ausencia de una regulación sustantiva armónica con el ECPI, la falta de disposición, o la ausencia de capacidad para enfrentar la investigación y enjuiciamiento respectivo. Como se constatará en otro capítulo de este trabajo, muchos Estados se han preocupado por evitar este específico riesgo, poniendo sus sistemas normativos internos a tono con las exigencias de tipificación previstas en el

¹³⁴ La sustitución del concepto de *colapso parcial*, contemplado inicialmente en el proyecto, fue reemplazado por el de *colapso sustancial*, por considerarse que era más adecuado para evitar que la Corte conociese de un asunto inmerso en un conflicto armado existente, en el que el sistema judicial se afectaba parcialmente. (HOLMES, J.T. *Complementary: National Courts versus the ICC*, en Quesada, C. *La Corte Penal internacional*...p. 327.

ECPI. En el marco del monitoreo y control que ejerce la CPI sobre las jurisdicciones nacionales, la armonización de los sistemas normativos internos con los requerimientos materiales del Estatuto, trasciende sobre la valoración relativa a la capacidad del sistema de justicia estatal en su conjunto, para enfrentar los desafíos que le plantea la obligación de investigar y enjuiciar crímenes internacionales, y es indicativa de la disposición de las autoridades estatales de administrar justicia genuina, respecto de las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

La anterior referencia a las causales que determinan la inadmisibilidad de un asunto ante la Corte, pone en evidencia que el principio de complementariedad, tal como está desarrollado en el Estatuto de Roma, establece una presunción favorable, *prima facie*, a las jurisdicciones nacionales, que debe ser desvirtuada mediante la demostración de alguno de los eventos que permiten establecer la incapacidad o la falta de disposición del Estado, para investigar y enjuiciar los delitos internacionales. Sin embargo, esta presunción a favor del sistema de justicia nacional, se ve equilibrada por la facultad que se otorga a la CPI para supervisar y ejercer una suerte de monitoreo o control sobre la jurisdicción y la admisibilidad, aspectos que se desarrollarán a continuación.

3.3.2. La adscripción a la Corte Penal Internacional del control sobre su propia jurisdicción¹³⁵, bajo causales de admisibilidad, predeterminadas.

Otra importante expresión del principio de complementariedad en el Estatuto de Roma, en su función reguladora de las relaciones entre la CPI y los sistemas de justicia nacionales, es la asignación al tribunal internacional del poder jurídico para decidir sobre su propia jurisdicción. Se trata, quizás, de la potestad que involucra una más intensa cesión de soberanía de los Estados Partes a la CPI. Será esta y no los Estados, la que a través del proceso de

¹³⁵ También denominado de "*Primacía Material*" de la jurisdicción de la Corte Penal internacional sobre las jurisdicciones nacionales. En este sentido Olásolo destaca que como resultado del proceso de negociación que condujo a la creación de la CPI "*el poder jurídico para decidir sobre su propia jurisdicción en los artículos 15.3, y 4, 18, 19, 53.1 y 2 ER. Por lo tanto, corresponde a esta última aplicar el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales al decidir si procede o no la activación de su jurisdicción abstracta, con respecto a la situación de crisis objeto de la pretensión de activación. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que la CPI goza de primacía material sobre las jurisdicciones nacionales*" (La Corte Penal Internacional. ¿Dónde investigar?, p. 228). En el mismo sentido ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. La progresiva institucionalización....p. 260.

activación de su jurisdicción, regulado en los artículos 15, 18, 19 y 53 ECPI, decida con fuerza vinculante sobre una eventual inactividad, falta de disposición o incapacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar delitos previstos en el ECPI. Esto implica que la Corte es juez de su propia jurisdicción,¹³⁶ es decir posee el poder inherente de determinar su propia jurisdicción.

En el Estatuto de Roma, a diferencia de lo que ocurrió con los estatutos de los Tribunales *ad-hoc*,¹³⁷ esta potestad se estableció explícitamente. En este sentido, el artículo 19 ECPI previó que “[...] la Corte se cerciorará de ser competente¹³⁸ en todas las causas que le sean sometidas. La Corte podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17”. Aunque el Estatuto de Roma parte del supuesto, ya indicado, de la jurisdicción preferente de los sistemas nacionales de justicia, este se articula con un procedimiento que se adelanta ante la Corte Internacional en el cual este tribunal conserva el poder de decisión. En virtud de la primacía (formal) de la jurisdicción estatal, la Corte tan solo podrá ejercer su

¹³⁶ Quesada, Carmen, op. cit. p. 319.

¹³⁷ Un antecedente relevante para la asignación expresa de la denominada “*competencia de la competencia*” a lo CPI, se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. En el caso Tadic, la decisión de la Sala de Apelaciones de octubre 2 de 1995, consideró que aunque el Estatuto de este Tribunal no lo contemplaba de manera expresa, el mencionado tribunal poseía el poder inherente de determinar su propia jurisdicción. Esta decisión dejó claro que el ejercicio de “*la competencia de la competencia*” constituye un elemento importante en el ejercicio internacional de la función judicial, y que no requiere expresa consagración en los instrumentos constitutivos de los tribunales. (Prosecutor vs. Tadic, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case nº IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, 2 Oct. 1995, párr.18)

¹³⁸ Técnicamente se hace referencia a la jurisdicción. La doctrina ha realizado una pertinente precisión acerca del uso indiscriminado en el Estatuto de Roma a las expresiones *jurisdicción* y *competencia* (en la versión española). Desde el artículo 1º ECPI se hace evidente el uso de estos dos vocablos como sinónimos, al consignar que “*La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirá por las disposiciones del presente Estatuto*”. (original s.s.). Posteriormente, a lo largo del texto, el ECPI parece reservar el término “*jurisdicción*” para hacer referencia a la potestad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales nacionales, y “*competencia*” para aludir a la potestad jurisdiccional del órgano supraestatal. En realidad en uno y otro caso, se trata del mismo concepto: el poder jurídico para llevar a cabo las funciones jurisdiccionales de declaración y ejecución de la responsabilidad penal individual como consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en el ECPI. (Olásolo. H. Corte Penal Internacional, ¿Dónde Investigar?. p.p. 132 y 133). Es clásica la distinción en la teoría procesal respecto del contenido y alcance de los conceptos de “*jurisdicción*” y “*competencia*”. Mientras que el término *jurisdicción* se usa para hacer referencia a la potestad jurisdiccional de un todo unitario, el concepto de *competencia* es más restringido y hace referencia a la medida de la jurisdicción que le corresponde a un determinado órgano jurisdiccional. (GIMENO CENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal. 2ª. Ed. Madrid: Colex, 1977, p.p. 113).

jurisdicción cuando los tribunales nacionales no tengan la disposición o la capacidad para hacerlo o lo hagan con desconocimiento de los principios de justicia contenidos en el estatuto. Sin embargo, será la propia Corte quien valore la concurrencia de tales circunstancias, y conforme a ello decidirá sobre la admisibilidad o la inadmisibilidad de una situación, o de un asunto.

Por ello, si bien existe una explícita primacía de la jurisdicción estatal, esta resulta siendo *formal*, toda vez que en la práctica la Corte se beneficia de una primacía *material* frente a las jurisdicciones nacionales, comoquiera que es a ese órgano al que se le atribuye la potestad de definir sobre su propia jurisdicción, y de conocer de las cuestiones de admisibilidad. Debe ser esta quien determine si los tribunales nacionales están en disposición y cuentan con la capacidad que les permita ejercer su jurisdicción prioritaria.

De esta forma, el Estatuto incorpora un principio clásico de distribución de competencias judiciales aplicado en el derecho internacional, que se ha denominado *la competencia de la competencia*¹³⁹, conforme al cual la Corte es juez de su propia jurisdicción. El poder inherente de la Corte para determinar su propia jurisdicción debe ejercerse en el marco del principio de complementariedad, el cual demarca una relación dialéctica y de cooperación entre la Corte y los Estados. De esta relación se deriva la posibilidad para los Estados de formular una impugnación ante la Sala de Cuestiones Preliminares, si estiman que no se están respetando, por parte del Fiscal de la Corte, las reglas que definen la jurisdicción del tribunal internacional. No obstante será este quien, en últimas, resuelva la impugnación, con lo cual se reafirma la primacía material de la jurisdicción de *última ratio* la Corte, frente a la primacía formal que *prima facie* se reconoce a los Estados.

¹³⁹ Sobre el particular explica ESCOBAR HERNÁNDEZ, C: “De esta manera, por aplicación de la regla tradicional del ejercicio de la competencia de la propia competencia, la jurisdicción de la CPI se beneficia en la práctica de una primacía material frente a las jurisdicciones materiales”. (La progresiva institucionalizaciónp. 260). En el mismo sentido, Alcaide Fernández J., afirma: “No obstante no se puede hablar de primacía de los Tribunales nacionales, porque la CPI goza, en principio, de una cierta posición preeminente o facultad de tutela y supervisión sobre las jurisdicciones penales nacionales, en particular porque el Estatuto le reconoce competencia sobre su competencia. De este modo, las jurisdicciones penales nacionales tienen una preferencia tutelada y la CPI puede deshacer la presunción a favor de esas jurisdicciones penales nacionales (...)”. (ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín. La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Penales Internacionales: ¿Tiempos de Ingeniería Jurisdiccional?. En: CARRILLO SALCEDO, J.A. (Coord.). Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p.p. 416-417.

Primacía que aparece así mismo reforzada por las reglas que el ECPI establece en materia de *cosa juzgada* (Art. 20), según las cuales si bien no está permitido que ningún tribunal nacional pueda procesar de nuevo a una persona ya juzgada por la Corte, autorizan a la Corte para disponer un nuevo procesamiento de aquellas personas que han sido juzgadas por un tribunal nacional, cuando estime que el juzgamiento por los órganos judiciales estatales se ha producido en contravención de los principios de justicia contenidos en el ECPI.

Al engranaje establecido en el ECPI para el mantenimiento del delicado equilibrio que el principio de complementariedad pretende mantener entre la soberanía estatal y la salvaguardia de los valores de la comunidad internacional, a la jurisdicción preferente de los tribunales nacionales (primacía formal), y a la primacía material de la CPI, expresada en la potestad de decidir sobre su propia jurisdicción, se integra un elemento adicional consistente en que, si bien se reconoce al tribunal internacional esta trascendental atribución, debe ejercerse sobre la base de unas causales predeterminadas.

3.3.3. El principio de cosa juzgada: la relatividad del efecto de cosa juzgada interna.

El artículo 20 del ECPI, regula lo concerniente a la cosa juzgada y el “*non bis in idem*”¹⁴⁰ imprimiéndole a este postulado el alcance que le adscriben otros instrumentos internacionales,¹⁴¹ en el sentido de *res judicata* es decir referido a la imposibilidad de adelantar un nuevo enjuiciamiento por hechos, conductas o crímenes¹⁴² que ya fueron objeto de un pronunciamiento que, por constituir una genuina expresión de la potestad jurisdiccional, adquiere

¹⁴⁰ Mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emplea esta expresión, el Comité de Derechos Humanos emplea la expresión “*Ne bis in idem*”.

¹⁴¹ El artículo 14.7 del PIDCP reconoce el derecho de toda *persona condenada o absuelta* por sentencia firme a no ser sometida a un nuevo proceso *por el mismo delito*, en tanto que la Convención Americana en su artículo 8.4 lo consagra como propio de las *personas absueltas*, prohibiendo el doble procesamiento *por los mismos hechos*.

¹⁴² En el apartado 20.1 la prohibición de doble procesamiento por parte de la Corte hace referencia a “*conductas constitutivas de crímenes por las cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte*”. En tanto que el apartado 20.3 prevé como prohibición para la Corte un nuevo procesamiento por “*hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, y 8*”, cuando ya existiere procesamiento por otro tribunal. Y el apartado 20.2 refiere la prohibición a otros tribunales respecto de “*uno de los crímenes mencionados en el artículo 5*” por el cual la Corte ya hubiere condenado o absuelto.

carácter inmutable e intangible. No se hace extensiva la garantía a una posible superposición de cargos en una decisión previa a la sentencia.

En este orden de ideas, le es vedado a la Corte reabrir un caso sobre el cual ya hubiese recaído una decisión de absolución o condena, con efecto de cosa juzgada, proferida por la propia Corte (Art. 20.1), o por otro tribunal (Art. 20.2 y 20.3) en relación con hechos o conductas prohibidos por los artículos 6, 7 y 8 del ECPI. Esta norma es complementaria del artículo 17.1.c), según el cual se constituye en causal de inadmisibilidad para la Corte el hecho de que la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia¹⁴³.

De este modo, el principio que rige el modelo de justicia establecido en el ECPI es el del imperio de la cosa juzgada, sea derivada de un pronunciamiento de la Corte o de otro tribunal. No obstante, como una manifestación del principio de complementariedad, y del interés de preservar los valores de la comunidad internacional, se introducen dos excepciones, que le permiten a la Corte apartarse de la cosa juzgada nacional y proceder a una investigación y/o enjuiciamiento. La primera deriva de la constatación de que la decisión de la justicia doméstica plasma un propósito de “*sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte*” (Art. 20.3.a). Y la segunda, del hecho de que se establezca que el proceso en el tribunal nacional no fue instruido en forma independiente o imparcial, de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, o lo hubiere sido de una manera tal que resulte incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona a la acción de la justicia.

¹⁴³ Sobre las serias controversias que originó la inclusión de este principio en los trabajos preparatorios de la Conferencia de Roma, refiere C. Quesada: “*En los trabajos preparatorios de la Conferencia de Roma ya se puso de relieve que este principio debía ser considerado en un contexto muy particular, en tanto se creaba un mecanismo jurisdiccional adicional a los mecanismos jurisdiccionales ya existentes de tipo nacional. Efectivamente este principio fue objeto de serias controversias en el marco de la CDI, puesto que era contemplado como la última salvaguardia en la aplicación del principio de complementariedad. Cuatro fueron los aspectos del artículo 20 que atrajeron más la atención. En primer lugar su relación con el principio de complementariedad. En segundo lugar, las excepciones al principio, que habrían de pasar de la subjetividad a la objetividad del lenguaje, ya que la distinción entre los crímenes internacionales y los crímenes ordinarios (...) parecía particularmente problemática. (...) En tercer lugar, la dificultosa determinación del alcance del principio. Y, finalmente, el lugar que había de ocupar el principio, como un principio general del Derecho Penal, como parte de las normas procedimentales o como parte del mecanismo jurisdiccional de la Corte.*” (QUESADA ALCALÁ, C. La Corte Penal Internacional y la Soberanía..., p. 352).

La cosa juzgada así configurada forma parte del engranaje que crea el principio de complementariedad en el ECPI, comoquiera que al ser estipulado como principio se constituye en una salvaguardia de la soberanía estatal y en una expresión de la primacía formal de los sistemas nacionales de justicia, en tanto que la introducción de unas excepciones sometidas al juicio de la Corte, se fundamenta en la preservación de los valores de la comunidad internacional y refuerzan la primacía material de la jurisdicción de la CPI.

3.4. La función de salvaguardia de la soberanía de los Estados, atribuida al principio de complementariedad

El principio de complementariedad se ubica en el centro de una configuración procesal que permite la coexistencia de dos valores que en principio parecen contradictorios: la salvaguardia de la soberanía estatal, y la defensa de los intereses de la comunidad internacional, en particular la prevención y castigo de los crímenes internacionales. Una de las tareas que se asignan al principio de complementariedad es la de propender por un equilibrio entre estos intereses que podrían entrar en tensión frente al establecimiento de una jurisdicción internacional.

Esta función de salvaguardia se cumple fundamentalmente a través de la configuración de un sistema de admisibilidad regido por estándares exigentes, así como mediante la inclusión de mecanismos procesales para la preservación de la jurisdicción por parte de los Estados.

3.4.1. La admisibilidad está regida por estándares exigentes

En primer término es preciso destacar que, en principio, el título de jurisdicción atribuido a la CPI es producto de una cesión de soberanía por parte de los Estados, fundada en la voluntariedad, comoquiera que emana de un tratado multilateral. Seguidamente conviene resaltar que si bien el análisis de los supuestos de admisibilidad comporta un juicio de valor por parte de la Corte sobre la incapacidad o falta de disposición de los Estados, el cual involucra, incluso, una valoración de las condiciones de funcionamiento y de independencia de la jurisdicción nacional, dicho examen

no es absolutamente discrecional, en cuanto habrá de inscribirse en el marco del debido proceso con todas las garantías, y ajustarse a los principios de justicia material contenidos en el Estatuto¹⁴⁴.

Adicionalmente, los estándares establecidos por el ECPI para valorar la falta de capacidad o de disposición de los Estados para acometer la investigación y/o el enjuiciamiento, pueden ser catalogados como altos, toda vez que respecto de la falta de capacidad se requiere la constatación de una situación de crisis institucional profunda como es el colapso total o sustancial de la administración nacional de justicia; o de inoperancia severa de los órganos de investigación y juzgamiento que afecte de manera esencial la investigación en aspectos como la imposibilidad de hacer comparecer al acusado, de recaudar las pruebas y testimonios necesarios, o de llevar a cabo el juicio. Y en lo que concierne a la falta de disposición, aunque involucra hipótesis que están más sujetas a valoraciones, los eventos que enuncia son indicativos del propósito deliberado de sustraer a la persona de una auténtica administración de justicia, orientada por principios de independencia e imparcialidad.

La jurisdicción preferente de los sistemas nacionales de justicia, está así protegida por una regulación de la admisibilidad, que establece unos estándares que pueden ser catalogados como altos, en la medida que son indicativos, ya sea de una crisis institucional profunda en el sistema de justicia que conduce a su inoperancia, ó de prácticas institucionales manifiestamente contrarias a las exigencias de independencia e imparcialidad de cualquier sistema judicial.

3.4.2. La previsión de mecanismos procesales para la preservación de la jurisdicción de los Estados

La preservación del ejercicio de la jurisdicción por parte de los Estados, es un elemento relevante del modelo de relación basado en la complementariedad. El Estatuto de Roma contempla dos mecanismos de control orientados a este propósito, que por ende acentúan el carácter

¹⁴⁴ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. El principio de complementariedad. En: Yáñez Barbueno, J. A. (coord.): La justicia penal internacional una perspectiva iberoamericana. Madrid: Casa América, 2000. p.p. 88-100.

complementario del tribunal internacional frente a las jurisdicciones nacionales. Cada uno de ellos opera dentro de un ámbito procesal específico. Se trata, en primer lugar, de la excepción preliminar de inadmisibilidad o inhibición del Fiscal, y en segundo lugar, de la impugnación de la competencia y la admisibilidad durante el proceso ante las Salas de la Corte.

El primer mecanismo está contemplado en el artículo 18 del ECPI, calificado por algunos como la expresión más firme del principio de complementariedad.¹⁴⁵ Esta norma prevé la posibilidad de que cuando el Fiscal, a solicitud de un Estado Parte, o por iniciativa propia, haya determinado que existe fundamento razonable para iniciar una investigación y así proceda, cualquier Estado que hubiere sido notificado de esa determinación puede solicitar al Fiscal la inhibición en su favor, acreditando que está llevando a cabo una investigación respecto de personas bajo su jurisdicción, en relación con los hechos a que se contrae la comunicación.

Esta norma incorpora una reafirmación de la prerrogativa de los Estados de actuar primero, de ejercer su jurisdicción en un estadio temprano de la investigación, antes de que se involucre la Fiscalía de la Corte. La notificación que el Fiscal cursa a los Estados sobre la activación de la jurisdicción de la Corte constituye un llamado a que aquéllos ejerzan su jurisdicción sobre una situación o un caso. El seguimiento estrecho que hará el fiscal a la actuación del Estado cuando se inhibe en su favor, no desvirtúa el carácter preferente que se atribuye a la jurisdicción nacional, sino que reafirma el principio de complementariedad en lo que concierne al constante monitoreo de los sistemas judiciales estatales por parte de la Corte.

De otra parte, los Estados¹⁴⁶ que impugnaron preliminarmente la admisibilidad de una situación a fin de provocar la inhibición del Fiscal, conforme al artículo 18 ECPI, conservan aún la atribución de solicitar, por

¹⁴⁵ LAUCCI, C. *Compétente et Complementarité dans le statut de la future Cour Pénale Internationale*. L'Observateur des Nations Unies, No. 7, 1999, pp. 133-174. Citado por QUESADA, Carmen, op. cit. p. 339.

¹⁴⁶ En esta fase además de los Estados con jurisdicción sobre la causa, o aquel cuya aceptación se requiera conforme al artículo 12 ECPI, el acusado o la persona contra la cual se haya proferido una orden de detención o de comparecencia, podrán impugnar la admisibilidad o la competencia de la Corte.

una sola vez¹⁴⁷, la impugnación de la admisibilidad de conformidad con los supuestos establecidos en el artículo 17 Ib., y aún de la jurisdicción de la Corte, delimitada esta por los factores territorial¹⁴⁸, material¹⁴⁹, personal¹⁵⁰ y temporal¹⁵¹.

La salvaguardia de la soberanía, implicada la existencia de estos mecanismos de discusión de la admisibilidad y de la jurisdicción por parte de los Estados que están investigando o enjuiciando la causa, se encuentra, no obstante, mediada por una serie de dispositivos, orientados a evitar que dichos mecanismos sean usados indebidamente para obstruir la investigación por parte de la Corte. En esta dirección, se registra el hecho de que el Fiscal puede seguir practicando algunas diligencias con la autorización de la Corte mientras se decide sobre la impugnación¹⁵²; en caso de que la Corte declare la inadmisibilidad de la situación o del caso, y por ende, resuelva el asunto a favor de la jurisdicción estatal, el Fiscal podrá solicitar que se revise la decisión sobre la base de nuevos hechos que

¹⁴⁷ De acuerdo con el artículo 19 ECPI la admisibilidad de una causa o de la competencia de la Corte solo podrá ser impugnada, por una sola vez, por los Estados y las personas legitimadas para ello. Esta impugnación se hará hasta antes del juicio o a su inicio (Art. 19.4), y se exige al Estado un deber de diligencia, en la medida que se prevé *"hará la impugnación lo antes posible"* (Art. 19.5).

¹⁴⁸ La Corte tiene competencia para investigar y enjuiciar los crímenes cometidos en el territorio de un Estado Parte, en el territorio de un Estado no Parte, si lo cometiere un nacional de un Estado Parte, y en el territorio de cualquier Estado (Parte o no) si el asunto es remitido por el Consejo de Seguridad. Así mismo podrá investigar y enjuiciar los crímenes cometidos en el territorio de un Estado no Parte, si el mismo otorga expresamente su consentimiento para el efecto.

¹⁴⁹ Desde este punto de vista, de conformidad con el artículo 5 ECPI, la Corte tiene competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia internacional, a saber: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Respecto de este último, no obstante haberse definido el crimen por la Conferencia de Revisión de Kampala celebrada entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010, aún se encuentra en suspenso la competencia de la Corte sobre este crimen. Sobre el particular la Conferencia declaró: *"3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1° de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiera para la aprobación de una enmienda al Estatuto"*.

¹⁵⁰ Con fundamento en el principio de responsabilidad penal individual establecido en el ECPI, la Corte tiene competencia, desde el punto de vista subjetivo, sobre las personas naturales, mayores de 18 años, sin distinción alguna basada en el cargo oficial.

¹⁵¹ La competencia temporal de la CPI está regida por el principio de legalidad e irretroactividad (Art. 24 ECPI). Ejerce competencia sobre los crímenes cometidos luego de la entrada en vigor del ECPI (1° de julio de 2002).

¹⁵² El artículo 19.7 ECPI prevé que si la impugnación es hecha por el Estado que tenga la jurisdicción sobre la causa, o por aquél cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12, el Fiscal suspenderá la investigación. Sin embargo, conforme al 19.8 mientras la Corte se pronuncia sobre la impugnación, el Fiscal podrá pedir autorización para la práctica de indagaciones urgentes: cuando exista una oportunidad única de practicarlas o exista riesgo significativo sobre su disponibilidad ulterior; culminar la práctica de pruebas iniciadas antes de la impugnación; impedir que personas respecto de quienes se ha proferido una orden de detención o de comparecencia eludan la acción de la justicia.

despojan de sustento a dicha declaración. Así mismo, suspendida la investigación en virtud de una impugnación de la admisibilidad, el Fiscal podrá solicitar al Estado información sobre las actuaciones adelantadas.

Una vez más se percibe en este diseño normativo una delicada filigrana en la que se entrecruzan los dispositivos que destacan la jurisdicción preferente de los sistemas nacionales de justicia, apalancada en el principio de soberanía estatal, y aquellos que ponen de manifiesto la prevalencia material de la jurisdicción de la Corte, en procura de salvaguardar los intereses de justicia de la comunidad internacional, balanceo que plasma a cabalidad, el espíritu del principio de complementariedad.

3.5. La función limitadora, material y formal, de la jurisdicción de la CPI que se atribuye al principio de complementariedad

La concurrencia de las jurisdicciones nacional e internacional, implícita en el principio de complementariedad, determinó la configuración en el ECPI de unos límites materiales y formales, con fundamento en los cuales se facilite una distribución razonable de las competencias entre una y otra jurisdicción.

En cuanto a los límites materiales debe recordarse que la Corte ejerce su jurisdicción respecto de los crímenes contemplados en los artículos 5, 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es decir, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. Sin embargo, el Estado no se despoja absolutamente de la potestad de ejercer su jurisdicción respecto de estos mismos crímenes, de modo que era necesario establecer un criterio que, desde el punto de vista material, demarcara el ámbito de ejercicio de la jurisdicción por parte de los Estados y de la Corte Penal Internacional. Ese criterio fue *el umbral de gravedad de los crímenes*, rasero que opera de manera general para todos los crímenes, y de manera específica para cada categoría delictiva, a través de elementos normativos adscritos al hecho global de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra.

Desde el punto de vista formal, el mecanismo de atribución de jurisdicción a la Corte está sometido a unos límites procesales derivados de los nexos jurisdiccionales establecidos en el artículo 12 del ECPI, precepto que

contempla “*las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la Corte*”. Conforme a esta norma, el organismo internacional sólo ejercerá su jurisdicción respecto de los crímenes ocurridos en el territorio, o cometidos por un nacional de un Estado Parte, independientemente del lugar de comisión¹⁵³. Estos nexos no aplican en el supuesto diferenciado de activación de la jurisdicción de la Corte por iniciativa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, comoquiera que en esta hipótesis los parámetros personal, territorial y temporal se rigen por el principio de congruencia referido a la solicitud de activación¹⁵⁴.

3.5.1. Límites materiales a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. El umbral de gravedad de los crímenes de su competencia.

Teniendo en cuenta que a través del Tratado de Roma se pretendió configurar un órgano jurisdiccional interestatal encargado de garantizar que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no quedaren impunes¹⁵⁵, el propio instrumento establece la exigencia de que los delitos cometidos en una situación de crisis objeto del procedimiento de activación de la jurisdicción de la Corte, tengan “*la gravedad suficiente para justificar*”¹⁵⁶ su admisibilidad¹⁵⁷.

El umbral de gravedad como criterio de selección para la configuración de la competencia material de la Corte, se encuentra ligado al principio de

¹⁵³ Estos nexos jurisdiccionales aplican en los eventos en que la activación de la jurisdicción de la Corte se produce por solicitud de un Estado Parte, o por iniciativa del Fiscal de la Corte. Ello por cuanto la activación de la jurisdicción de la CPI se produce como consecuencia de una solicitud del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los parámetros personales, temporales y territoriales que definen la situación de crisis para la cual se activa la jurisdicción, se encuentran determinados por el principio de congruencia con la pretensión de activación del Consejo de Seguridad (Olásolo H. Corte Penal Internacional. ¿Dónde Investigar?, p. 491).

¹⁵⁴ De conformidad con el artículo 13 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, esta podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5° ib., si: (i) un Estado Parte remite al Fiscal una situación en que parezca que se han cometido uno o varios de esos crímenes; (ii) el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o (iii) el Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo.

¹⁵⁵ Estatuto de la Corte Penal Internacional. Preámbulo, pár. 4 y 5.

¹⁵⁶ ECPI. Art. 17.1.d).

¹⁵⁷ Algunos autores relacionan este requerimiento con el carácter de *última ratio* de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, e incluso con el principio de oportunidad que el ECPI reconoce al Fiscal de la Corte. (OLÁSULO, H. Corte Penal Internacional.... pp. 260-261.

complementariedad y cumple el propósito de deslindar los ámbitos de acción de las jurisdicciones nacional e internacional, y por ende establecer límites al ejercicio de esta última. Ese umbral de gravedad se encuentra presente, de manera general¹⁵⁸, en todos los crímenes de competencia de la Corte, y de manera específica, en algunos elementos característicos de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra.

En umbral de gravedad general, referido a todos los crímenes de competencia de la Corte, aparece determinado por los bienes jurídicos proclamados en el Preámbulo del ECPI¹⁵⁹, como aquellos valores merecedores de la protección de la comunidad internacional en su conjunto: la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad¹⁶⁰. De este modo, en un primer momento los crímenes sometidos a la jurisdicción de la Corte, serán *“los más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”*¹⁶¹ es decir aquellos con la entidad suficiente para amenazar esos valores jurídicos esenciales.

Este criterio delimitador aparece ratificado por los artículos 1° y 5° del ECPI. El primero, al enunciar el principio de complementariedad de la jurisdicción de la CPI con respecto de las jurisdicciones nacionales, establece un límite sustantivo a la competencia de la Corte que involucra un umbral de gravedad al indicar que la CPI ejercerá su jurisdicción sobre *“los crímenes más graves de trascendencia internacional”*, de conformidad con el Estatuto. Con mayor precisión y pertinencia el segundo -artículo 5° ECPI-, reitera la declaración del Preámbulo en el sentido que *“la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”*.

De este modo, el umbral general de gravedad derivado de los párrafos tercero, cuarto, sexto y noveno del Preámbulo, y de los artículo 1° y 5° del ECPI, está determinado por tres factores concurrentes: la jerarquía universal

¹⁵⁸ Sobre la existencia de un umbral general de gravedad, común a todos los crímenes de competencia de la Corte, que coexiste con unos umbrales específicos para los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad Carmen Quesada (Op. cit. pp. 238.259), y LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. La Corte Penal Internacional. Justicia vs. Impunidad, Ariel S.A., Barcelona, 2001, pp. 114-115.

¹⁵⁹ ECPI- Preámbulo, párrs. 3,4,6, y 9.

¹⁶⁰ ECPI. Preámbulo, pár. 3°.

¹⁶¹ ECPI. Preámbulo, pár. 9°.

de los bienes jurídicos protegidos por estos crímenes (la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad); la capacidad de afectación que la situación de crisis ofrezca frente a esos valores esenciales; y la trascendencia que estos actos comporten para la comunidad internacional en su conjunto. Por esta vía, la competencia material de la Corte estará limitada a los crímenes de notable gravedad, que produzcan mayor alarma y que puedan llegar incluso a *“cuestionar los fundamentos mismos de la civilización contemporánea y los valores que ella encarna”*¹⁶².

Correlativamente, quedarán excluidos de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional todos aquellos crímenes que, aún correspondiendo a las tipologías previstas en el artículo 5 del ECPI, no alcancen el umbral de gravedad señalado, respecto de los cuales actuarán los tribunales nacionales.

Adicionalmente a este umbral de gravedad genérico, el Estatuto de Roma incorporó unos criterios de gravedad específicos, en relación con los crímenes de Guerra (Art. 8.1), de lesa humanidad (Art.7.1), y recientemente respecto del crimen de agresión (Art. 8 bis)¹⁶³. No ocurrió lo mismo en relación con el crimen de genocidio, toda vez que se ha entendido que por tratarse de un crimen en torno al cual existe una mayor claridad conceptual, y el más elevado consenso y aceptación entre los Estados, sobre su carácter internacional, resulta menos conflictiva su atribución a una jurisdicción internacional.

¹⁶² Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre los trabajos del 36° período de sesiones, 7 de mayo -24 de julio de 1984, N.U.Doc. A/39/10,p.32.

¹⁶³ En la Conferencia de Roma de 1998 se acordó que la competencia respecto del crimen de agresión quedaba en suspenso hasta que *“se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncie en qué condiciones lo hará”* (Art. 5.2. ECPI). En la primera Conferencia de Revisión de conformidad con el Estatuto, llevada a cabo en Kampala (Uganda) del 31 de mayo al 11 de junio de 2010, se avanzó en acordar una definición del crimen de agresión, pero aún se mantiene en suspenso la competencia de la Corte hasta que *“[...] se adopte una decisión después del primero de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto”*. (Corte Penal Internacional. Secretaría de la Asamblea de los Estados Partes. Selección de Documentos Básicos Relacionados con la Corte Penal Internacional. Anexo I. La Haya: IpsKamp, 3ª ed. 2011. p. 421).

3.5.1.1. El umbral de gravedad específico de los crímenes de guerra.

El artículo 8.1 del ECPI establece como umbral específico de gravedad de los crímenes de guerra de competencia de la Corte Penal Internacional, el que “se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes”. Con el establecimiento de este umbral de gravedad se pretendió evitar sobrecargar a la Corte con casos aislados y que no revistieran un cierto nivel de importancia. Se contemplan así, dos elementos normativos alternativos para la calificación de los crímenes de guerra de competencia de la Corte. El que se cometan como parte de un plan o política; ó como parte de la comisión a gran escala de estos crímenes.

El primer criterio selectivo en función de la gravedad del crimen de guerra, se ha ligado a la pretensión de que la Corte conozca de actos que involucren un cierto nivel de organización y que se desarrollen bajo la responsabilidad de mando¹⁶⁴, también constituye la expresión del carácter sistemático del crimen¹⁶⁵. El segundo, la comisión a gran escala, calificativo que no es concurrente sino alternativo al anterior, alude a su carácter masivo, generalizado o a la multiplicidad de víctimas.

No obstante, la configuración de este umbral específico de gravedad, ha estado signado por múltiples polémicas, comoquiera que a esta frase, mediante la cual se incorpora el umbral específico de gravedad para los crímenes de guerra, se antepone la expresión “en particular”. Esta redacción ha dado lugar a múltiples interpretaciones. Hay quienes se preguntan si con esta última expresión se establece un umbral que restringe de manera absoluta la aplicación del Estatuto, en materia de crímenes de guerra, solo a esos supuestos¹⁶⁶, o si la misma, marca un ámbito indiscutible de

¹⁶⁴ QUESADA, C. Op. cit. p. 245.

¹⁶⁵ OLÁSULO, H. Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional. En: Olásulo, H. Ensayos sobre la Corte Penal Internacional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2009, p.410.

¹⁶⁶ Véase STEINER, Silvy. Protección penal internacional de las víctimas de la guerra: los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma; En, José Luis Rodríguez -Villasante y Prieto (coord.). El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos actuales. Citado por VALENCIA VILLA, Alejandro. derecho internacional humanitario. Conceptos básicos, Infracciones en el conflicto armado colombiano. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para Colombia, Nuevas Ediciones, 2007, p.272).

competencia de la Corte, sin descartar otros eventos¹⁶⁷, de manera que pueda ser interpretada como no excluyente.

Se ha respondido a este interrogante señalando que *“la expresión “en particular” no excluye lo general y, por tanto, la Corte tendrá competencia para investigar crímenes de guerra únicos e individuales sin que “se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes”*”, toda vez que el derecho humanitario no exige ese umbral, y de tal manera se estaría reduciendo la competencia de la Corte, y adicionalmente se generaría una confusión con los crímenes de lesa humanidad, que sí exigen dicho elemento¹⁶⁸.

Consideramos que la expresión *“en particular, cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes”*, reitera y enfatiza el principio de complementariedad y por ende el umbral general de gravedad que debe caracterizar a todos los crímenes de competencia de la Corte. La expresión *“en particular”* es indicativa, a su vez, de que tales elementos no forman parte de la configuración típica de los crímenes de guerra, sino que enfatiza la competencia cualificada que corresponde a la CPI, en virtud del contexto y de la idoneidad del crimen para afectar los valores de la seguridad, la paz y el bienestar de la humanidad.

En teoría, dicha expresión no excluiría de la competencia de la Corte otras hipótesis que no estuvieran ligadas a *“un plan o política”* ó, a *“la comisión a gran escala”* de crímenes de guerra, comoquiera que se trata de elementos que no forman parte de la construcción típica del crimen de guerra. Sin embargo, teniendo en cuenta la necesidad de establecer el umbral general de gravedad, correspondería a la Corte valorar, si esa otras infracciones graves al DIH, que constituyen crímenes de guerra, y que no se ubican dentro de estos contextos específicos, tiene aún así la idoneidad para trascender y afectar los bienes jurídicos supranacionales que se pretenden proteger en el ámbito de la jurisdicción internacional.

¹⁶⁷ Véase José Luis RODRÍGUEZ -VILLASANTE Y PRIETO. El proceso de aprobación y desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En, José Luis RODRÍGUEZ -VILLASANTE Y PRIETO (coord.). El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos actuales, citado por VALENCIA VILLA, Alejandro. Op. cit. p.272).

¹⁶⁸ VALENCIA VILLA, Alejandro. Op. cit, p. 272.

Ello implica que esta enunciación no sea exhaustiva ni excluya otros supuestos, siempre que estos respondan al umbral de gravedad general que se contempla en el Preámbulo y en los artículos 1° y 17 del ECPI, es decir que tengan la potencialidad y la trascendencia para afectar los valores esenciales de la comunidad internacional en su conjunto. La consideración de no exhaustividad de los criterios específicos de gravedad contemplados en el artículo 8.1 ECPI, se ratifica con el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con los crímenes de lesa humanidad, el umbral específico para los crímenes de guerra, no aparece mencionado en el texto de los *Elementos de los Crímenes* que desarrolla el artículo 8 del ECPI¹⁶⁹.

La incidencia que tiene esta delimitación derivada del umbral de gravedad, en el terreno de la implementación de los crímenes de guerra en el Derecho nacional, radica en que las jurisdicciones nacionales deben estar habilitadas para investigar y juzgar, de manera *adecuada*¹⁷⁰, los crímenes de guerra de competencia de la CPI, independientemente de si forman parte o no, de una política, o de la comisión a gran escala de tales crímenes. Sin embargo, cuando la Corte evalúe su competencia, tendrá en cuenta estos elementos de contexto específicos, para priorizar su acción.

3.5.1.2. El umbral de gravedad específico para los crímenes de lesa humanidad.

De acuerdo con el artículo 7.1 del Estatuto de Roma, un acto inhumano de los enunciados en dicho precepto¹⁷¹ constituirá crimen de lesa humanidad de

¹⁶⁹ Sobre el particular señala Carmen Quesada: “Si, efectivamente, el umbral para los crímenes de guerra apareciera configurado en el Estatuto de Roma de modo absoluto, qué duda cabe que el mismo sería desarrollado, o al menos mencionado en los *Elementos de los Crímenes*”. (op. cit. p. 246).

¹⁷⁰ Para hacer referencia al estándar de *armonización* identificado como el más apropiado para la implementación.

¹⁷¹ De conformidad con el artículo 7.1.a) - 7.1.k) del ECPI, los actos individuales que concurren a configurar los crímenes de lesa humanidad son: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; el encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; la tortura; la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de competencia de la Corte; la desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid; otros actos inhumanos de

competencia de la Corte Penal Internacional “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”¹⁷². Sólo cuando se configure este elemento contextual, denominado hecho global¹⁷³, puede considerarse estructurado un crimen de lesa humanidad.

Por “ataque”¹⁷⁴ *contra una población civil* se entenderá según la definición contenida en el artículo 7.2.a) del ECPI “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1, contra una población civil, de conformidad con una política de un Estado o de una organización de cometer esos actos, o para promover esa política”.

Así, el umbral de gravedad específico para los crímenes de lesa humanidad se ubica en el aspecto externo del hecho global, y está conformado por: (i) “el ataque a la población civil”, incluyendo en este concepto los elementos políticos contenidos en el artículo 7.2 ECPI; (ii) el carácter “sistemático y generalizado” de ese ataque; y (iii) el aspecto interno del hecho global.

El contexto de *ataque contra la población civil* (i), exigido por esta especie delictiva, como lo ha precisado la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia, pone de manifiesto el carácter colectivo del crimen, excluyendo los actos de violencia aislados o los ataques

carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

¹⁷² Los *Elementos de los Crímenes* reiteran y desarrollan esos componentes, objetivos o de contexto, y subjetivo, que le dan identidad al crimen de lesa humanidad al requerir que los actos constitutivos de estos crímenes tengan lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y 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 fuere parte de un ataque de este tipo”. [Elementos de los Crímenes. Artículos 7.1)a) a 7.1)k). (N.U.Doc.PCNICC/2000/1Add.2)].

¹⁷³ WERLE, Gerhard. Op. cit, p.357.

¹⁷⁴ Los *Elementos de los Crímenes* señalan de manera expresa que no se necesita de un ataque militar para que se configure el hecho global: “[N]o es necesario que los actos constituyan un ataque militar”. (Introducción al Art. 7 num. 3). Tampoco es necesario el ejercicio de la violencia contra la población civil, el ataque puede darse mediante la imposición de un sistema de apartheid, o el ejercicio de presión sobre la población. (“An attack may also be non violent in nature, like imposing a system of apartheid [...] or exerting pressure on the population to act in a particular manner, may come under the purview of an attack, if orchestrated on a massive scale or in a systematic manner”: TPIR. Sala de Primera Instancia, caso Akayesu. Sentencia de septiembre 2 de 1998, parág. 581.)

individuales¹⁷⁵, los cuales caen bajo la jurisdicción de los sistemas nacionales.

Comoquiera que se trata de hechos que pueden ocurrir en tiempo de paz o de conflicto armado, para definir el carácter “civil” de la población, que se constituye en el objetivo del crimen de lesa humanidad, no resulta apropiado trasladar de manera exacta, directa, inmediata y exclusiva los conceptos del derecho internacional humanitario, orientado éste a proteger de forma específica a las personas que no participan directamente en las hostilidades. Aún así, la finalidad protectora que subyace en este concepto puede servir de guía para definir el elemento global del crimen de lesa humanidad¹⁷⁶. Siguiendo este criterio orientador se ha convenido en que *“lo decisivo para determinar la pertenencia a una población civil es la necesidad de protección de la víctima, que se deriva de su indefensión respecto de la violencia organizada, sea estatal, militar o de otro tipo”*¹⁷⁷. Por tanto, deben considerarse población civil aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia¹⁷⁸.

El artículo 7.2.a) del ECPI, cualifica aún más el ataque contra una población civil al exigir que se lleve a cabo *“de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”*. Este concepto enfatiza la exigencia de una planificación, dirección u organización en la comisión del hecho, sin que el elemento político a que alude la norma requiera de la existencia de una propuesta programática formalizada; es suficiente que el elemento político se deduzca de las circunstancias concurrentes del hecho¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia (TPIY). Sala de Primera Instancia. Caso Tadic’, sentencia de mayo 7 de 1997, parág. 644. “[T]he “population” element is intended to imply crimes of a collective nature and thus exclude single or isolated acts which, although possibly constituting war crimes or crimes against national penal legislation, do not rise to the level crimes against humanity. [T]he requirement [...] “directed against any civilian population” ensures that what is to be alleged will not be one particular act but, instead, a course of conduct [...]. Thus the emphasis is not on the individual victim but rather on the collective, the individual being victimized not because of his individual attributes but rather because of his membership of a targeted civilian population”. Esta misma precisión conceptual fue reiterada en TPIY, Sala de Apelaciones. Caso Kunarac, sentencia de junio 12 de 2002, parág. 90.

¹⁷⁶ TPIY, Sala de Primera Instancia, caso Tadic’, sentencia de mayo 7 de 1997, párr. 639.

¹⁷⁷ De acuerdo sobre el fin de protección de la norma, AMBOS/Wirth, Criminal Law Forum 13 (2002), 1, pág. 22y ss.

¹⁷⁸ WERLE, G. op. cit. pp. 358-359.

¹⁷⁹ TPIY. Caso Tadic’, sentencia del mayo 7 de 1997. Parág. 653: [S]uch a policy need not be formalized and can be deduced from the way in which the acts occur. Notably, if the acts occur on a

La política del Estado o de la organización puede manifestarse en forma activa, mediante actos de dirección o apoyo, o de manera pasiva, incluso a través de expresiones o actitudes de tolerancia¹⁸⁰. Este alcance se deriva de la manera amplia, no diferenciada, como el Estatuto regula esta característica del hecho global (Art.7.2); de la jurisprudencia de los tribunales ad-hoc que han considerado que basta la tolerancia para cometer el delito¹⁸¹; y de la finalidad implícita en la norma, toda vez que dada la manifiesta ilicitud de las conductas, el hecho de ignorarlas, el sustraerse a la adopción de medidas de protección de la población atacada, e incluso el negarse a perseguir a los autores, son actitudes que pueden contribuir eficazmente a la perpetración de los crímenes¹⁸².

El otro componente del elemento externo del hecho global (contexto) es el carácter “*generalizado o sistemático*” del ataque, entendido éste [el ataque] como una línea de conducta a la cual se integran funcionalmente los actos individuales¹⁸³ enunciados en el artículo 7.1 ECPI, lo que de por sí implica “*la comisión múltiple de actos*”.

widespread or systematic basis that demonstrates a policy to commit those acts, whether formalized or not.”

¹⁸⁰ Esto puede sostenerse a pesar de que los *Elementos de los Crímenes* más allá de lo previsto en el Estatuto de la CPI, previó en la introducción al artículo 7, pár. 3, lo siguiente: “[...] *Se entiende que la “política”...de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra la población civil*”. Sin embargo, para matizar la contundencia de esta afirmación en la nota de pie de página No.6, se inserta: “*La política que tuviere a una población civil como objeto de ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de este tipo. La existencia de una política de este tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del Gobierno o de la organización*”. (Original sin negrillas).

¹⁸¹ TPIY. Caso Kupreskic et al. Sala de Primera instancia. Sentencia de 14 de enero de 2000, parág. 552. TPIY. Caso Tadic. Sala de Apelaciones. Sentencia de enero 31 de 2000, parág. 14. Se ha admitido que la participación del Estado o la organización en la política de ataque a una población civil puede ser “*at least tolerated*”.

¹⁸² Sobre el particular WERLE, apoyando la postura sostenida al respecto por AMBOS/Wirth, en *Criminal Law Forum* 13(2002), 1, pág. 30 y s., sostiene: “[E]l espíritu de la norma hace necesario incluir la tolerancia: precisamente <el mirar a otro lado>por parte del Estado, la negación de medidas de protección para la población o la no persecución de los autores pueden ser medios efectivos de una política de terror o de exterminio”. (WERLE, G. Tratado...pp. 367-368).

¹⁸³ TPIY. Sala de Apelaciones. Caso Kunarac et al. Sentencia de junio 12 de 2002, parág.90. TPIY. Sala de Primera Instancia. Caso Naletilic y Martinovic- Sentencia del 31 de marzo de 2003, parág. 235. TPIY. Sala de Primera Instancia. Caso Bagilishema, Sentencia del 7 de junio de 2001, parág. 80.

El calificativo “*generalizado*” referido al ataque, intensifica el elemento cuantitativo del hecho global. Dicha generalidad puede deducirse de la multiplicidad o gran cantidad de víctimas, a gran escala, es decir de su carácter masivo, aún cuando se trate de un solo acto¹⁸⁴; o también de la extensión sobre un ámbito geográfico amplio¹⁸⁵. En tanto que la calificación del ataque como “*sistemático*” es de índole cualitativa y refiere al nivel de organización de los actos de violencia, y a la exclusión de expresiones de violencia espontáneas y aisladas. Exige la conexión de los actos individuales con un plan previo o una política preconcebida¹⁸⁶. Aunque de conformidad con el texto legal, los requisitos “*generalizado o sistemático*” no requieren presencia concurrente sino alternativa, se ha reconocido que en la práctica es frecuente su concurrencia¹⁸⁷.

Desde el punto de vista subjetivo, el artículo 7.1 ECPI exige que el autor tenga “*conocimiento*” del ataque. Esta referencia explícita al conocimiento en la norma en mención, como lo señalan Ambos¹⁸⁸ y Werle¹⁸⁹, tiene solamente un carácter declarativo, comoquiera que no va más allá del artículo 30.3 del ECPI¹⁹⁰. De modo que la expresión “*conocimiento del ataque*” no introduce

¹⁸⁴ Este concepto ha sido desarrollado por la jurisprudencia de los Tribunales ad- hoc. Así por ejemplo, TPIY. Sala de Primera Instancia. Caso Tadic´. Sentencia de mayo 7 de 1997, prág. 648; caso Kunarac, sentencia del 22 de febrero de 2001, parág. 428 . También TPIR. Sala de Primera Instancia. Caso Akayesu, sentencia de septiembre 2 de 1998, parág. 580: “*The concept “widespread” may be defined as massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims*”.

¹⁸⁵ En este último sentido WERLE, G. Tratado...p. 363.

¹⁸⁶ La jurisprudencia de los Tribunales ad-hoc, han aplicado esta interpretación, destacando así la necesidad de un plan o política. Sobre el particular, TPIR. Sala de Primera instancia. Caso Akayesu, Sentencia de septiembre 2 de 1998, parág. 580: “[...] *there must however be some kind of preconceived plan or policy*”. En el mismo sentido, TPIY. Sala de Primera Instancia. Caso Tadic´, sentencia de 7 de mayo de 1997, parág, 648: “*pattern or methodological plan*”. También TPIR. Sala de Primera Instancia. Caso Kayishema y Ruzindana. Sentencia de 21 de mayo de 1999, parág, 123 (“*preconceived policy or plan*”). Así mismo TPIY. Sala de Apelaciones. Caso Kunarac *et al.* Sentencia del 22 de febrero de 2001, parág. 429.

¹⁸⁷ TPIY. Sala de Primera Instancia. Caso Blaskic´, sentencia de marzo 3 de 2002, parág. 207: “*The fact still remains however that, in practice, these two criteria will often be difficult to separate since a widespread attack targeting, a large number victims generally relies on some form of planning of organisation*”. También TPIR. Sala de Primera Instancia, Caso Bagilishema, sentencia del 7 de junio de 2001, parág, 77: “*The criteria which allow one or other of the aspects to be established partially overlap*”.

¹⁸⁸ AMBOS, Kai. La parte general del Derecho Penal Internacional. Bogotá: Temis, 2006, pp-401-402.

¹⁸⁹ WERLE, G. Op. cit. p. 369.

¹⁹⁰ Artículo 30. El elemento intencional. [...] 3. A los efectos del presente artículo, por “*conocimiento*” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “*a sabiendas*” y “*con conocimiento*” se entenderán en el mismo sentido. (A/CONF.183/9).

un elemento subjetivo especial del tipo, sino que integra en la descripción típica el dolo genérico, en los términos previstos en el artículo 30.3 ECPI. En virtud de esta norma general, el autor debe conocer que se está llevando a cabo un ataque “*generalizado o sistemático*” contra una población civil y que su acto se integra a ese ataque. El hecho global forma parte del crimen de lesa humanidad, concurre a integrar el tipo, y por ende el aspecto interno del hecho alcanza también este aspecto. Sin embargo, no es preciso que ese conocimiento se extienda a los detalles de la planificación o de la política del Estado o de la organización¹⁹¹.

En materia de crímenes de lesa humanidad, el umbral específico de gravedad que deslinda las situaciones de competencia de la Corte de otras violaciones de derechos humanos que caen bajo la jurisdicción de los tribunales nacionales, está cuidadosamente determinado por los elementos constitutivos del hecho global, como son el ataque contra la población civil, el cual debe estar enmarcado dentro de la política de un Estado o de una organización orientada a cometer o promover esos actos; y además desde el punto de vista cuantitativo debe presentarse como masivo o generalizado, en tanto que cualitativamente debe mostrar un cierto nivel de organización (sistematicidad).

La anterior distinción entre un *umbral de gravedad general*, y otro *específico*, referido a los crímenes de lesa humanidad, conduce a señalar que los crímenes de esta índole, que lleguen a conocimiento de la Corte, deben presentar, además de los elementos que conforman el umbral específico, en tanto forman parte integral de la estructura típica del crimen, el global. Esto es, debe tratarse de actos inhumanos desarrollados en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y con conocimiento de ese ataque, pero además deben presentar una especial trascendencia, de modo que tengan la potencialidad de afectar los bienes jurídicos cuya protección reclama la comunidad internacional, a través de estas prohibiciones: la paz, la seguridad mundial, y el bienestar de la

¹⁹¹ Sobre este particular la introducción al artículo 7 de los Elementos de los crímenes precisa: 2. [...] *El último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los planes precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando [...] ese elemento existe si el autor tenía intención de cometer un ataque de esa índole*”.

humanidad. En el caso de estos crímenes, probablemente los dos criterios se entrecrucen, toda vez que el ataque sistemático o generalizado perpetrado a través de los actos inhumanos relacionados en el artículo 7.2 ECPI, lleva implícita una notable gravedad, con capacidad de afectar los valores esenciales que proclama el Preámbulo del ECPI.

En cuanto a las exigencias de implementación en el Derecho nacional, que se derivarían de esta diferenciación, es preciso señalar que ellas no inciden en la tipificación que deben realizar los Estados, toda vez que éstos están obligados a investigar y sancionar, de manera *adecuada*, los crímenes de lesa humanidad previstos en el ECPI. Esto implica que deban introducir en la definición los elementos de contexto que forman parte de la estructura típica del delito (ataque sistemático o generalizado). Comoquiera que estos elementos estructurales le imprimen una notable gravedad al crimen, la jurisdicción nacional deberá estar en condiciones de juzgar este tipo de hechos, que por su misma esencia, tienen la potencialidad de afectar los valores esenciales de la comunidad internacional, dado que en estos hechos el umbral general de gravedad, se deduce y se concreta en el umbral específico de gravedad.

3.5.2. Límites formales a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Ámbitos personal, territorial y temporal.

La concurrencia de jurisdicciones, inherente al principio de *complementariedad* planteaba la necesidad de establecer, adicionalmente a los materiales, unos límites formales a la potestad jurisdiccional atribuida por los Estados Partes a la Corte Penal Internacional, que definieran los ámbitos *personal, territorial y temporal* en los que el organismo internacional quedaría habilitado para ejercer su jurisdicción. En virtud de los nexos jurisdiccionales establecidos en el ECPI, la Corte, en principio, solo ejercerá su jurisdicción respecto de los crímenes cometidos en el territorio y por el nacional de un Estado que hubiere ratificado el Estatuto de Roma.

Cabe precisar que estos límites formales, fundados en los mencionados *nexos jurisdiccionales*, operan únicamente en los eventos en que la activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional se produzca por

ejercitación de un Estado Parte o del Fiscal ante la Corte¹⁹², toda vez que, cuando la atribución de jurisdicción se origina en la activación que realiza el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, no entran en juego los señalados nexos jurisdiccionales. En este supuesto diferenciado de atribución de jurisdicción, la CPI puede conocer de una situación, independientemente de si el territorio en que se cometió el crimen o el acusado, pertenezca o sea nacional de un Estado Parte o que hubiere aceptado la jurisdicción de la Corte¹⁹³.

En relación con el mecanismo general de activación de la jurisdicción de la Corte, es decir cuando no hay intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los antecedentes legislativos registran que luego de varias propuestas de muy diverso origen y alcance¹⁹⁴, el compromiso final

¹⁹² De conformidad con el artículo 13 del ECPI, la Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes que conforman su competencia material (Art.5 ib.), si: a) un Estado Parte remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) el Consejo de Seguridad, remite al Fiscal una situación en que parece haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) el Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de competencia de la Corte.

¹⁹³ El ECPI contempla un tercer modelo de atribución de jurisdicción a la Corte Penal Internacional, que se presenta cuando un Estado No Parte, de conformidad con los artículos 11.2 y 12.3 del ECPI, mediante una declaración depositada en poder del Secretario, consiente en que la Corte ejerza su competencia sobre delitos cometidos en su territorio o por sus nacionales. A este sistema se le ha denominado "*Suplementario de atribución de jurisdicción ex -post facto y ad-hoc a la CPI*". (Olásolo, H. Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?, pp. 178-192). No nos detendremos en este sistema de atribución jurisdiccional, comoquiera que hace referencia a Estados No Parte, lo cual trasciende el ámbito de este estudio.

¹⁹⁴ Durante la Conferencia Diplomática de Roma se configuraron fundamentalmente tres tendencias: (i) La primera abogaba por que de manera general, se adoptara una jurisdicción plena o de grado máximo a la Corte, con independencia de quién activara la jurisdicción. Esta postura sostenida por Alemania se fundaba en que si los delitos tipificados en el ECPI eran considerados "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional", el órgano judicial interestatal establecido para declarar y realizar la responsabilidad penal individual derivada del Estatuto, debería ser provisto por los Estados de jurisdicción universal, con independencia de quién iniciara las actuaciones ante la Corte. En una línea similar, aunque matizando la postura, la delegación Sur Coreana propuso la atribución de jurisdicción a la CPI respecto de todos los delitos previstos en el Estatuto, siempre que uno de los siguientes Estados fuese Parte del tratado: el Estado del territorio; el Estado de la nacionalidad del acusado; el Estado de la nacionalidad de la víctima; el Estado de la custodia. Frente a estas propuestas se oponían básicamente dos argumentos: la afectación de Estados no Parte, lo cual violaba el art. 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratado; y la exposición a una falta de cooperación de esos Estados. (ii) La segunda tendencia, recogiendo la preocupación de posible extensión de la jurisdicción de la Corte a Estados no Parte, propuso atribuciones parciales de jurisdicción a la CPI, como limitar el ámbito territorial a los Estados Partes (Reino Unido), y limitar el ámbito personal a los delitos cometidos por los nacionales de los Estados Partes (Estados Unidos). (iii) Una tercera tendencia propuso un modelo de atribución de jurisdicción "*consentida*" conforme a la cual se incluiría una previsión sobre futura atribución de jurisdicción plena o de grado máximo a la Corte, que se concretaría posteriormente mediante el consentimiento de los Estados afectados y con el alcance expresado en dicho consentimiento. (Sobre la diversidad de propuestas presentadas en

alcanzado en la Conferencia de Roma quedó consignado en los artículos 11.2 ECPI, relativo al ámbito temporal, y 12.2 y 12.3, que bajo el rótulo “*Condiciones previas para el ejercicio de la competencia*”, regulan los ámbitos personal y territorial de la potestad jurisdiccional atribuida a la Corte, en aquellos eventos en que el Consejo de Seguridad no ejercita la acción de activación de la jurisdicción de la Corte.

De conformidad con los preceptos mencionados los ámbitos personal, territorial y temporal que demarcan la atribución de jurisdicción a la CPI, cuando el Consejo de Seguridad de la ONU no ejercita la acción de activación, quedaron configurados de la siguiente manera: (i) la *jurisdicción personal*, se extiende a todas las personas mayores de 18 años, siempre y cuando los delitos previstos en el ECPI se produzcan en el territorio de un Estado que al momento de la comisión del hecho sea parte del Estatuto. Cuando el delito se cometa en territorio de un Estado no Parte, la jurisdicción personal de la CPI, se limita a los nacionales mayores de 18 años, de un Estado que fuere Parte del Estatuto de Roma en el momento en que tuvieron lugar los hechos. (ii) la *jurisdicción territorial*, tiene extensión universal siempre y cuando los delitos sean cometidos por nacionales de Estados que son Parte en el ECPI en el momento de su comisión. Cuando los delitos son cometidos por nacionales de Estados no Parte, la jurisdicción territorial se limita a los hechos cometidos en el territorio de los Estado que son Parte en el momento de la comisión. (iii) la *jurisdicción temporal* se limita a los delitos cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma para el Estado territorial o para el Estado de la nacionalidad del acusado.

Otro límite establecido en el ECPI, que opera en la hipótesis en que el Consejo de Seguridad no ejercita la activación de la jurisdicción de la Corte, es el previsto en “*la disposición transitoria*” del artículo 124¹⁹⁵ del mismo.

relación con el alcance de la atribución de jurisdicción: OLÁSULO, H. Corte Penal Internacional. ¿Dónde Investigar? pp-163-165; Quesada, C. Op.cit. 269-276.)

¹⁹⁵ “La inclusión de disposiciones transitorias no estaba prevista en el Proyecto de Estatuto elaborado por la CDI en 1994, ni en el proyecto presentado por la Comisión Preparatoria a la Conferencia de Roma. Ni siquiera figuraba en el documento preparado por el Grupo de Trabajo sobre Cláusulas Finales, y, por tanto, no fueron debatidas por el Comité Plenario. Por el contrario, la disposición transitoria se recogió en un documento oficial de la Conferencia de Roma en un momento tardío (N.U.Doc. A/CONF.183/C.1/L.76, de 16 de julio de 1998), fue distribuida el último día de la Conferencia y se votó como un todo junto con el resto del Proyecto de Estatuto//El artículo 124 deriva de una propuesta informal francesa tendente a incluir un protocolo adicional al Estatuto para excluir de la competencia de la Corte a los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad por un plazo de

Esta norma faculta a los Estados Partes a postergar, hasta por 7 años, y por una sola vez - en el momento de prestar el consentimiento -, la eficacia de la atribución de jurisdicción que realizan a la CPI al constituirse en Parte del tratado. Esta limitación afecta los ámbitos: *personal*, en tanto que solo puede extenderse a los nacionales del Estado que hace la declaración; *material*, porque se limita a los crímenes tipificados en el artículo 8° del ECPI bajo la denominación de crímenes de guerra; *territorial*, en tanto se contrae a los crímenes cometidos en su territorio; y *temporal*, comoquiera que no puede ir más allá de un plazo de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor respecto del Estado que hace uso de la disposición de transición.

Teniendo en cuenta los límites formales mencionados, originados en los nexos jurisdiccionales establecidos en el ECPI, puede concluirse, a la luz del principio de complementariedad, que el Estado del territorio en donde fue cometido el crimen y el Estado de la nacionalidad del sospechoso, tienen jurisdicción concurrente con la Corte Penal Internacional (Art. 12 ECPI), la cual se definirá de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 17 *ibídem*. Por otra parte, la CPI no tendrá competencia en supuestos no con solidados en los artículos 12 y 11.2 *ib.*, como es el caso de los crímenes cometidos en el Estado de nacionalidad de la víctima, o en el Estado de custodia del acusado, cuyos tribunales nacionales tendrán la jurisdicción. También corresponderá a los tribunales nacionales la jurisdicción sobre crímenes acaecidos en territorio o por nacionales de Estados Partes, con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto para el correspondiente Estado (Art. 11.2). Así mismo, corresponderá a los tribunales nacionales de los Estados Partes la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de guerra cometidos en su territorio o por sus nacionales durante el tiempo en que esté vigente su declaración acogiéndose a la disposición de transición del artículo 124.

diez años, hasta que se celebre la Conferencia de Revisión.[...]. La posición de Francia, junto con la de los otros miembros permanentes del Consejo de Seguridad, era la de lograr que se contase con el consentimiento concreto del Estado de la nacionalidad del sospechoso en los casos del enjuiciamiento de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, a menos que el asunto fuera sometido a la Corte por el Consejo de Seguridad.// Tras diversas propuestas y contrapropuestas, el 17 de julio la Conferencia contaba con un documento final en el que se incluía el texto del artículo 124 [...]" (QUESADA, Carmen. La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal, p.110).

4. Conclusión

El principio de complementariedad constituye el eje sobre el cual se articula el modelo jurisdiccional en cuyo marco se desarrolla el mandato la Corte Penal Internacional. Este modelo se encuentra caracterizado por la concurrencia de jurisdicciones, - internacional y estatal-, con miras a enfrentar la impunidad en materia de grave criminalidad, mediante una acción mancomunada.

La complementariedad despliega una serie de funciones (*armonizadora, dinamizadora, reguladora, preservadora de soberanía, limitadora* de las jurisdicciones concurrentes) que convergen en el propósito de mantener un delicado equilibrio entre la necesidad de preservar espacios de soberanía compatibles con el modelo de justicia establecido en el ECPI, y la optimización de la acción en favor de los valores esenciales en que se sostiene ética, política y jurídicamente la comunidad internacional. Las funciones adscritas a la complementariedad permiten conceptualizar y delimitar el mencionado principio, así como proveer un marco para la identificación de la naturaleza, alcance y particularidades de la implementación del Tratado de Roma, en los sistemas normativos estatales.

En ese orden de ideas, se estableció que la función *armonizadora* atribuida al principio de complementariedad, plasma un deber de los Estados de emprender una labor legislativa orientada a *adecuar* sus ordenamientos jurídicos internos, a efectos de ponerlo en condiciones de interactuar con el sistema de la Corte. En esta labor, se identifican una dimensión sustancial y una procesal. La primera atañe a la adecuación del Derecho material para hacer posible el ejercicio de la jurisdicción prioritaria que la complementariedad asigna a los Estados, en tanto que la segunda se orienta a crear los mecanismos para hacer posible la cooperación con la Corte. Dicha tarea no se ubica en el plano de la discrecionalidad de los Estados, comoquiera que se deriva de la fuerza normativa y política que el Preámbulo del Estatuto imprime al instrumento, y de la esencia misma la complementariedad (dimensión sustantiva); así como de obligaciones explícitamente establecidas en el tratado (dimensión procesal).

La función *dinamizadora* se proyecta en los desarrollos legislativos que deben emprender los Estados en los ámbitos sustantivo y procesal, en cumplimiento de su deber de implementación, para lo cual debe tomar como parámetro las disposiciones del Estatuto, particularmente en lo que concierne a la tipificación de los crímenes de competencia de la Corte; la creación de categorías de imputación, en especial en el ámbito de la intervención criminal, que optimice el manejo de casos que pertenecen a la categoría de criminalidad de sistema; la incorporación de principios como la imprescriptibilidad de los crímenes, entre otros. Desde el punto de vista procesal, el establecimiento de competencias y procedimientos, conforme a las partes IX y X del ECPI, que posibiliten la cooperación en materia de detención y entrega, asistencia y ejecución de sentencias.

La función *reguladora* de las relaciones entre la Corte y las autoridades estatales, la cual se hace visible en la concepción de una concurrencia de jurisdicciones marcada por el reconocimiento del carácter preferente de la jurisdicción nacional; en la adscripción del control sobre la jurisdicción y la admisibilidad a la Corte (la competencia de la competencia); en la predeterminación de causales de admisibilidad para rodear de bases ciertas la relación entre jurisdicciones; en la relatividad del efecto de cosa juzgada estatal. Estos elementos se orientan a mantener un balance entre la soberanía estatal y las exigencias de justicia internacional.

La función de *salvaguardia de la soberanía* estatal entra en acción en la fase de admisibilidad, comoquiera que ésta se encuentra regida por estándares exigentes; y se proyecta en la previsión de mecanismos procesales para la retención de la jurisdicción estatal, como la excepción preliminar de inadmisibilidad; y la impugnación de la admisibilidad y de la jurisdicción, por parte del Estado, y del imputado o acusado.

Y finalmente, la función limitadora, material y formal, cumple el propósito de establecer criterios, elementos y presupuestos que provean de certeza y racionalidad la interacción entre las jurisdicciones. Desde el punto de vista material se establece un umbral de gravedad (general y específico) en relación con los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional; y desde una perspectiva formal, se contemplan presupuestos que delimitan el

ámbito jurisdiccional de la Corte, orientados por los factores territorial y personal.

Todas las funciones mencionadas convergen en plantear necesidades específicas de implementación, tanto en el ámbito sustantivo como procesal.

Como una expresión de la complementariedad, en la que a su vez se proyectan todas las funciones reseñadas en este capítulo, se contemplan en las partes IX y X del Tratado de Roma, el modelo, las formas, los principios y las reglas que regulan la cooperación de los Estados con la CPI. A ello nos referiremos a continuación, poniendo el énfasis en las necesidades de implementación que se derivan respecto de cada una de las formas de cooperación.

CAPÍTULO II

LA COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS PARTES CON LA CPI EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

En el contexto del modelo de justicia basado en la complementariedad, la cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional cumple un papel nuclear al punto que se le considera el supuesto fundamental y determinante de la efectividad del trabajo de este tribunal. La importancia de la cooperación se ve reflejada en el Estatuto de Roma que le dedica la parte IX y X al tema de la cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional, concibiéndola explícitamente como una obligación.

Este capítulo está dedicado a presentar los aspectos más relevantes de la cooperación, de acuerdo con su regulación en el Estatuto, con miras a establecer las exigencias de implementación que se derivan para los Estados Partes de cada una de las formas de cooperación previstas en el tratado. Para el efecto, se identificará el modelo de cooperación previsto en el ECPI; se presentarán las formas de cooperación contempladas (entrega, asistencia y ejecución de penas); se perfilarán las diferencias entre extradición y entrega como instrumentos de cooperación internacional; se establecerá el alcance de la obligación que se deriva de cada una de esas formas de cooperación; se examinarán los motivos que autorizan la negativa o el aplazamiento de una solicitud de asistencia cursada por la Corte a un Estado Parte; y se reseñarán los aspectos que demandan desarrollo normativo en los sistemas estatales.

Este desarrollo constituirá el marco para el análisis de la experiencia comparada en lo que concierne a las leyes de implementación en materia procesal (Capítulo III), y a su vez arrojará los elementos necesarios para el análisis del estado de desarrollo de la implementación legislativa con miras a la cooperación, en el caso colombiano (Capítulo IV).

1. Consideraciones generales sobre el modelo de cooperación establecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma establece de una manera clara la obligación de los Estados Partes de cooperar con la Corte Penal Internacional, desarrolla las

manifestaciones de esa cooperación (entrega, asistencia y ejecución de la pena), y precisa las situaciones en que dichos Estados están facultados para rehusar la cooperación o posponer el cumplimiento de las solicitudes emanadas de la Corte.

El modelo de cooperación plasmado en el ECPI refleja las tensiones surgidas en la Conferencia de Roma entre grupos de Estados cuyos sistemas jurídicos están influenciados por tradiciones jurídicas diversas, o signados por una posición más o menos afín a la Corte, lo que se tradujo en perspectivas encontradas en torno a temas que resultan nucleares en el sistema de cooperación previsto en el ECPI, como por ejemplo el nivel de discrecionalidad o de imperatividad, de las obligaciones emanadas de la cooperación, el cumplimiento de la obligación de entrega de nacionales acusados a la Corte, los problemas probatorios internos a efectos de prestar una cooperación eficaz a la Corte.

Los Estados que ponían el énfasis en la soberanía estatal como era el caso de los Estados Unidos, Japón, China, Israel, México y los países árabes, proponían un modelo de cooperación *horizontal* que se inclinaba por estructuras tradicionales inspiradas en las figuras de la extradición y la asistencia judicial mutua, que han caracterizado la cooperación interestatal¹⁹⁶. En oposición, los países favorables a la CPI representado en el *Grupo de Estados Afines* que englobaba a los países más firmemente comprometidos con un tribunal realmente eficaz e independiente, proponían un modelo de cooperación diferente al tradicional que hiciera posible una relación plena y efectiva entre la Corte y los Estados Partes, sobre la base de una relación más *vertical*¹⁹⁷.

¹⁹⁶ N.U.A/CONF.144/28/Rev.1 pp.64 y ss. 75 y ss.

¹⁹⁷ La cooperación *vertical* refiere a aquella que se desarrolla entre tribunales supranacionales por un lado, y organismos internacionales y Estados por el otro, en tanto que la cooperación *horizontal* es la que se desarrolla entre estados soberanos iguales. Esta manera gráfica de presentar la diferencia fundamental entre las relaciones que caracterizan el sistema de cooperación y asistencia mutua que tradicionalmente ha operado entre los Estados y el que se establece entre la Corte Penal Internacional y los Estados cooperantes, es usada por Carmen QUESADA ALCALÁ. La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal, Tirant, Valencia 2005, pp. 313 y ss. En el mismo sentido Teresa ARMENTA DEU, siguiendo a Joaquín Alcalde Fernández. “La comunicación entre la Corte Penal Internacional y los Estados”. En “La Soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional”. Mesa sobre las formas de colaboración con la Corte Penal Internacional. México. p. 196.

Así mismo, los Estados influenciados por el sistema continental tenían mayores dificultades internas para enfrentar la entrega de acusados nacionales a la Corte Penal Internacional, en tanto que los países del *common law* expresaban mayores inconvenientes a la hora de formalizar las pruebas para efectos de la cooperación con la CPI.

Dentro de las soluciones de consenso logradas para superar estas diferentes perspectivas, se destaca la reafirmación de la *extradición* como mecanismo de cooperación aplicable en el ámbito de las relaciones interestatales, y el establecimiento de *la entrega* como instrumento de cooperación para poner a una persona a disposición de la Corte Penal Internacional¹⁹⁸. Así mismo, la flexibilidad en los requerimientos probatorios para el trámite de una solicitud de detención y entrega¹⁹⁹, y la sujeción de las solicitudes de información emitidas por la Corte a las disposiciones del derecho interno de cada país²⁰⁰.

Las tensiones en torno a las mencionadas tendencias, - la preeminencia de la verticalidad o la horizontalidad en la relación de cooperación entre la Corte y los sistemas nacionales-, se ven reflejadas en todo el texto de la parte IX del Estatuto, lo que permite sostener una configuración mixta²⁰¹ que se mueve entre estas dos tendencias. Esta oscilación entre la verticalidad y la horizontalidad se inscribe en el propósito de conciliar las demandas de soberanía de los Estados, con la eficacia de la cooperación apoyada en la solidaridad internacional.

Las expresiones más notables de una orientación del modelo de cooperación hacia la verticalidad la constituyen: (i) la obligación de los Estados Partes de

SWART, B.& SLUITER.G. The International Criminal Court and International Criminal Cooperation, en Von Hebel, H.A.M; Lammers, J.G. & Schukking, J. (eds.): Reflections on the International Criminal Court, Essays in Honour of Adriaan Bos, T.M.C. Asser Press. The Hague, 1999, pp. 97-99. Citado por Quesada C. ob. cit. p.401.

¹⁹⁸ Los artículos 91.2c), 96.2 e), 96.3 y 102 del ECPI diferencian entre “entrega” y “extradición”.

¹⁹⁹ El artículo 91.2 del ECPI se refiere a los requisitos formales que ha de cumplir la solicitud de detención y entrega. Y, entre dichos requisitos (apartado c)), menciona los “*documentos, declaraciones e informaciones necesarios*”

²⁰⁰ Artículos 96.2 y 96.3 ECPI.

²⁰¹ En este sentido Carmen Quesada anota que “(...) *la cuestión de si el modelo de cooperación del Estatuto tiene más en común con el modelo interestatal o supranacional de cooperación, es decir modelo horizontal o vertical, es bastante discutida. Podemos concluir que la Parte IX del Estatuto contiene elementos esenciales de ambos modelos*”. (Quesada, C. La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal, p. 401).

asegurar que sus procedimientos nacionales dispongan de mecanismos que garanticen todas las formas de cooperación, especificadas en la parte IX²⁰² (Art. 88). *(ii)* La obligación general de los Estados de cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia²⁰³. *(iii)* La notable reducción de las causales de denegación de una solicitud de cooperación, las cuales se limitan a aquellos eventos en que la ejecución de una medida particular está prohibida en el derecho interno, por un principio jurídico fundamental de aplicación general²⁰⁴, o por razones de seguridad nacional²⁰⁵. En esa medida no se contemplan los tradicionales motivos de denegación propios de la cooperación mutua en materia de extradición, como la exigencia de doble incriminación, o la prohibición de extraditar nacionales. *(iv)* La atribución a la Corte para conducir investigaciones de oficio en el territorio de un Estado Parte²⁰⁶.

De otra parte, la tendencia hacia la horizontalidad se ve reflejada en las siguientes previsiones: *(i)* se reconoce a los Estados la potestad de determinar los cauces apropiados para la trasmisión de las solicitudes de cooperación²⁰⁷; *(ii)* la entrega de personas se regirá no solamente por las disposiciones de la parte IX ECPI, sino también por lo dispuesto en el derecho interno de los Estados²⁰⁸, las otras formas de cooperación con la Corte en la investigación y el enjuiciamiento también habrán de adecuarse igualmente al derecho estatal²⁰⁹; *(iii)* en los supuestos de concurrencia de las solicitudes de extradición y entrega, no se contempla una obligación absoluta de los Estados de dar prelación a la solicitud de entrega²¹⁰; *(iv)* la potestad de los Estados de rechazar una solicitud de asistencia si la medida está prohibida por un principio jurídico fundamental de aplicación general, o por razones de seguridad nacional; y *(v)* corresponde a los Estados determinar el modo en que las solicitudes de asistencia deben ser ejecutadas. Aunque la solicitud de la Corte puede señalar la modalidad de ejecución, si el derecho

²⁰² Artículo 88 ECPI.

²⁰³ Artículo 86 ECPI.

²⁰⁴ Artículo 93.3 ECPI.

²⁰⁵ Artículo 93.4 en concordancia con el 72 ECPI.

²⁰⁶ Artículo 94 del ECPI.

²⁰⁷ Artículo 87.1 ECPI.

²⁰⁸ Artículo 89.1 ECPI.

²⁰⁹ Artículo 93.1 ECPI.

²¹⁰ Artículos 90 y 93.9 del ECPI.

nacional prohíbe dicho modo de ejecución, los Estados no tienen la obligación de ejecutar el requerimiento en la forma indicada²¹¹.

De las anteriores referencias se puede concluir que en efecto, la concepción del modelo de cooperación es mixta en tanto establece un balance entre la verticalidad y la horizontalidad. No obstante, encontramos mayor peso en la verticalidad, comoquiera que el principio sobre el que se asienta el modelo es el de la obligación general de los Estados Partes de cooperar plenamente con la Corte (Art. 86), el cual orienta la interpretación de todas las disposiciones contenidas en la Parte IX del ECPI.

El anterior punto de vista encuentra respaldo en el hecho de que, de manera general se aprecia una prevalencia de las solicitudes de la Corte sobre las de los Estados, y si bien la cooperación es de doble vía, en cuanto también aquélla debe cooperar con éstos cuando ejerzan su jurisdicción sobre un crimen de competencia de la Corte o que constituya un crimen grave con arreglo al derecho interno, la CPI tiene la potestad de decidir si accede o no a la solicitud, en tanto que cuando el requerimiento se dirija al Estado, éste debe cumplir plenamente con la postulación del tribunal internacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 ECPI.

2. Las formas de cooperación previstas en el Estatuto de Roma

Las Partes IX y X del Estatuto, regulan la cooperación y asistencia judicial internacional de los Estados Partes con la Corte Penal Internacional, y la ejecución de la pena. De conformidad con el artículo 86 del ECPI los Estados Partes están obligados a “cooperar plenamente” con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia y deben hacerlo *“de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto”*.

En armonía con lo anterior, el artículo 88 estipula que los Estados Partes deberán asegurarse de que *“en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte”*. El cumplimiento de esta obligación por los Estados Partes tiene particular relevancia en la constatación de las funciones que cumple el principio de complementariedad en su dimensión procesal. El efecto

²¹¹ Artículo 99.1 ECPI.

dinamizador del derecho nacional se podrá constatar, en el nivel de desarrollo legislativo alcanzado con miras a adecuar los procedimientos internos a los requerimientos de la cooperación; estos desarrollos deben tener como parámetro las normas pertinentes del ECPI y de las RPPP a fin de cumplir el efecto *armonizador* derivado del principio de complementariedad; su cometido fundamental es el de *regular* las relaciones entre la Corte y el sistema nacional de justicia en materia de entrega de personas, asistencia judicial y penitenciaria; así como establecer mecanismos que posibiliten una relación que *concilie soberanía con eficacia* de la cooperación, y materialice en la práctica la función de *límite* entre jurisdicciones (nacional e internacional) que cumple el principio de complementariedad.

La parte IX ha sido objeto de desarrollo en las Reglas de Procedimiento y Pruebas: las Reglas 176 a 197 están dedicadas a cooperación internacional y la asistencia judicial; en tanto que en las Reglas 198 a 225 se desarrolla lo relativo a la ejecución de la pena.

En dicha regulación se identifican tres ámbitos fundamentales en los que se desarrolla la cooperación de los Estados Partes con la CPI, para: (i) el arresto y entrega de personas solicitadas por la Corte (artículos 89 a 92 y 102 ER); (ii) prestar asistencia a la Corte en la práctica de pruebas y diligencias para las investigaciones y juicios que se adelanten ante ella, y en cualquier otra actuación procesal no prohibida en el Estado requerido (artículos 93 a 101); y (iii) la ejecución de las sentencias proferidas por la Corte (Arts. 103 a 111).

2.1. La detención y entrega de personas a la Corte

2.1.1. El alcance de la obligación de detención y entrega

La obligación de detener y entregar a la Corte a una persona que esté siendo objeto de una investigación o haya sido acusada de la comisión de un crimen de su competencia, constituye la más relevante expresión de la cooperación de los Estados para con el organismo interestatal²¹². Su particular

²¹² Artículo 89.1 del ECPI: “1. La Corte podrá transmitir, junto con los antecedentes que la justifiquen de conformidad con el artículo 91, una solicitud de detención y entrega de una persona a todo Estado

importancia para el funcionamiento del sistema de justicia administrado por la Corte radica en la necesidad de la comparecencia del acusado ante dicho tribunal, dado que éste no puede celebrar juicios en ausencia.

De conformidad con lo previsto en el artículo 89 ECPI, la transmisión de una solicitud de detención y entrega constituye una potestad discrecional de la Corte, en tanto que para el Estado representa una obligación una vez se haya resuelto sobre la admisibilidad de la causa; mientras esté pendiente dicha decisión el Estado podrá aplazar la entrega²¹³, previa celebración de consultas con la Corte.

La obligación fundamental de entrega a la Corte es de carácter rígido, comoquiera que, de conformidad con el artículo 89.1 ECPI, no admite las causales de rechazo²¹⁴ que eventualmente se pueden aducir frente a otras formas de cooperación; y debe ser cumplida rápidamente y sin sujeción a condiciones, tal como lo prevé el artículo 59 ECPI. Sin embargo, deberá llevarse a cabo de conformidad con el procedimiento establecido en los ordenamientos internos estatales²¹⁵.

Los artículos 91 y 92 del ECPI contemplan tres hipótesis en las que un Estado Parte, en ejercicio de su deber de cooperación con la Corte Penal Internacional, puede detener a una persona con fines entrega: (i) la detención y entrega de una persona que esté siendo procesada ante la CPI, y respecto de la cual la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP), haya proferido una orden de detención²¹⁶; (ii) la detención y entrega de una

en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de ese Estado. Los Estados Partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con las disposiciones de la presente parte y el procedimiento establecido en su derecho interno.”

²¹³ Artículo 89.2 ECPI.

²¹⁴ De conformidad con los artículos 93.3 y 93.4, este último en concordancia con el 72, todos del ECPI, las solicitudes de asistencia pueden ser negadas por el Estado Parte si contraviene un principio fundamental de aplicación general, afecta la seguridad del Estado.

²¹⁵ Artículos 59 y 89.1 del ECPI.

²¹⁶ Artículo 58 del ECPI. **Orden de detención u orden de comparecencia dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares.** “ En cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentadas por el Fiscal, estuviere convencida de que: a) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y b) La detención parece necesaria para: i) Asegurar que la persona comparezca en juicio; ii) Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o iii) En su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias”.

persona condenada por la CPI²¹⁷; y (iii) la detención provisional previa a la formalización de una solicitud de entrega emanada de la Corte²¹⁸.

La última hipótesis opera en caso de *urgencia*, y mediante este mecanismo la Corte solicitará la detención *provisional* de la persona buscada hasta que se presente la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen. No obstante, la persona sometida a detención provisional podrá ser puesta en libertad si el Estado requerido no recibe la solicitud de entrega y los documentos que la respalden en el plazo de 60 días²¹⁹, a menos que la persona consienta en la entrega antes de que se cumpla el plazo, y este proceder esté permitido en el derecho nacional. La puesta en libertad no obsta para que la persona sea nuevamente detenida y entregada una vez que el Estado requerido reciba la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen.

2.1.2. Las exigencias de implementación en materia de detención y entrega

El procedimiento de detención y entrega, en relación con las tres situaciones mencionadas, es quizás uno de los aspectos que presenta una mayor exigencia de implementación. En primer lugar, porque el Estatuto autoriza al Estado requerido para llevar a cabo el procedimiento de entrega “*de conformidad con las disposiciones de la presente parte y el procedimiento establecido en su derecho interno* (Art. 89.1 ECPI), y si bien todos los sistemas nacionales cuentan con prescripciones que regulan la detención de una persona, es preciso realizar una labor de adecuación de la normatividad interna a las hipótesis que se contemplan en el Estatuto y a la particular situación que implica el cumplimiento de una orden internacional de detención y entrega, lo cual puede conllevar el establecimiento del conducto adecuado para el trámite de las solicitudes de cooperación (Art. 87 ECPI); el pago de ciertos gastos de traslado (Art. 100 ECPI); y la protección de la

²¹⁷ Artículo 91.3 ECPI. “La solicitud de detención y entrega del condenado deberá contener los siguientes elementos o ir acompañada de: a) Copia de la orden de detención dictada en su contra; b) Copia de la sentencia condenatoria; c) Datos que demuestren que la persona buscada es aquella a la que se refiere la sentencia condenatoria; y d) Si la persona que se busca ha sido ya condenada, copia de la sentencia y, en el caso de una pena de reclusión, una indicación de la parte de la pena que se ha cumplido y de la que queda por cumplir”.

²¹⁸ Artículo 92 ECPI.

²¹⁹ Artículo 92.3 ECPI y 188 RPP.

confidencialidad de la solicitud de cooperación, salvo que su divulgación sea necesaria para su cumplimiento (artículo 87.4 y 93.8 literal b ECPI); entre otros aspectos.

En segundo lugar, porque cuando la solicitud de detención y entrega se cursa para cumplir una orden de detención emanada de la SCP, ésta se debe ajustar a “*los requisitos de procedimiento del Estado requerido relativos a la entrega*” (Art. 91.2.c). La norma internacional contempla un estándar consistente en que esos requisitos no pueden ser más onerosos que los aplicados a las solicitudes de extradición conforme a tratados, y de ser posible, serán menos onerosos, pero ello requiere de desarrollo normativo interno para honrar el principio de legalidad en una materia tan sensible como son los procedimientos para la afectación de la libertad. El Estado Parte se obliga a comunicar a la Corte los requisitos específicos de su derecho interno que serán aplicables para una adecuada formulación de la solicitud de entrega por parte de la Corte (Art. 91.4 ECPI).

2.1.3. La importancia de distinguir las figuras de la entrega y la extradición

La coexistencia del procedimiento de *extradición* con el sistema de cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional, que cuenta con la *entrega* como uno de los instrumentos más valiosos, aconseja hacer algunas precisiones sobre estas dos instituciones, no solamente porque el establecimiento de la entrega como figura autónoma respecto de la extradición fue una materia que suscitó arduas discusiones durante el proceso de redacción del Estatuto, sino porque dicha coexistencia puede generar conflictos en las relaciones internacionales que se desarrollen en el ámbito de la cooperación.

En efecto, durante las discusiones que llevaron a establecer la entrega como el instrumento para hacer efectiva la comparecencia de una persona ante la Corte, se propuso por algunas delegaciones la posibilidad de utilizar la figura ya conocida y probada de la extradición, para que un Estado pusiera a su disposición a una persona en particular²²⁰. No obstante esta propuesta fue

²²⁰ Al respecto ilustra Carmen Quesada que: “(...) *En la conferencia de Roma se discutió vivamente sobre la terminología a emplear, ya que la generalidad de los Estados rechazaban el uso del término*”

derrotada por las preocupaciones que generaba, especialmente en los Estados afines a la creación del tribunal internacional, sobre una posible manipulación de dicho mecanismo teniendo en cuenta la amplia discrecionalidad que se concede a esta materia tanto en los procedimientos estatales, como en el derecho internacional. Esta flexibilidad es propia del ámbito al cual pertenece la figura de la extradición: el de la cooperación mutua entre los Estados que privilegia el principio de soberanía. Su implante en el sistema de la CPI, con estas particularidades, introducía fragilidad al mismo en una materia que resultaba nuclear, por lo que la posición que se impuso fue la de establecer una clara diferenciación entre las figuras de extradición y entrega.

El Estatuto de Roma enfatiza que la extradición es una figura distinta a la entrega, y así lo consigna explícitamente en el artículo 102 al señalar que, la *“entrega”* significa, *“la entrega de una persona por un Estado a la Corte Penal Internacional”*, mientras que la *“extradición”* se refiere a la *“entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno”*.

Las diferencias fundamentales entre los dos institutos emanan de las particularidades del proceso ante la Corte Penal Internacional, aspecto que deberán tener en cuenta los Estados al regular los procedimientos internos y al adoptar una decisión en torno a una solicitud de entrega. Al respecto, el Estatuto prescribe que los requisitos previstos en los procedimientos internos para tramitar una entrega a la CPI no podrán ser más onerosos que los establecidos en acuerdos o tratados entre Estados en materia de extradición, y de ser posible serán menos onerosos, dado el carácter específico de la Corte²²¹.

Como diferencias sustanciales entre uno y otro mecanismo se pueden enunciar las siguientes:

“extradición”, pero divergían en el concepto a emplear en su lugar. El rechazo a la utilización del término “extradición” estribaba en la necesidad de suavizar la complejidad y duración del procedimiento extraditorio, por un lado; y el intento de salvar el obstáculo del principio de derecho interno que prohíbe la extradición de los propios nacionales”. (Op. cit. p. 4717).

²²¹ De conformidad con el artículo 91.2.c) los requisitos de procedimiento relativos a la entrega, en el Estado requerido, no podrán ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición, *“y de ser posible serán menos onerosos, habida cuenta del carácter específico de la Corte”*.

(i) La *extradición*, por regla general, es un acto discrecional del Estado, en tanto que la *entrega* de una persona a la Corte Penal Internacional por un Estado Parte, es siempre obligatoria, tal como lo establece el Artículo 89.1 del Estatuto.

(ii) En conexión con lo anterior, un Estado puede negarse a extraditar a sus nacionales²²², de conformidad con su derecho interno, o establecer otras razones para esa negativa como la edad avanzada, la enfermedad o la creencia de que existe un móvil discriminatorio en la extradición, mientras que el proceso de *entrega* de una persona a la Corte se aplica con independencia del origen nacional, la raza o las creencias del acusado.

(iii) En materia de *extradición* es necesario que se cumpla el principio de doble incriminación, esto es, que la conducta por la cual se solicita la extradición sea considerada como delito en ambos Estados; mientras que la *entrega* de una persona a la Corte Penal Internacional sólo requiere que la conducta por la cual se le solicita esté prevista en el Estatuto de Roma, independientemente de si está o no tipificada en el ordenamiento interno del Estado Parte requerido.

(iv) La *extradición* se rige por el principio de especialidad, según el cual la persona extraditada sólo podrá ser procesada por los delitos consignados en la solicitud, mientras que en la *entrega*, el principio de la especialidad está mediado por las particularidades del proceso ante la Corte, y si bien en principio la persona entregada solo puede ser procesada por la conducta que

²²²Por contemplar este tipo de prohibiciones en sus constituciones, varios Estados debieron introducir modificaciones previas a la adhesión al Tratado de Roma, para hacer posible este tipo de cooperación con la Corte. En este sentido, Alemania mediante reforma del 29 de noviembre de 2000, adicionó el artículo 16 de su constitución para permitir la extradición de alemanes a Estados miembros de la Unión Europea, o para su entrega a un tribunal internacional (Gaceta Legislativa Federal 2000 I 1633). Suiza aunque tenía dicha prohibición, no la consideraba aplicable a la entrega a la Corte. Otros Estados establecen prohibiciones o limitaciones a la extradición: así por ejemplo Italia prohíbe la extradición de nacionales, salvo que un tratado disponga lo contrario (Art. 26 de la Constitución de 1947); Portugal prohíbe la extradición de nacionales (Artículo 33 §1 de la Constitución de 197); Eslovenia prohíbe la extradición de nacionales y condiciona la extradición de extranjeros a la existencia de un tratado internacional con el Estado que pide la extradición (Art. 47 de la Constitución de 1991); Moldavia prohíbe la extradición de nacionales y somete la extradición de extranjeros y apátridas a la existencia de un tratado internacional o a una condición de reciprocidad (Art. 17 de la Constitución de 1994); Lituania prohíbe la extradición de ciudadanos, salvo que un tratado disponga lo contrario (Art.13 de la Constitución de 1992); Estonia prohíbe la extradición de nacionales salvo que sea prevista por un tratado internacional (Art. 36 de la Constitución de 1992). (República de Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-578 del 30 de julio de 2002. Fundamento jurídico 4.11.2.1.1.)

“constituya la base del delito por la cual haya sido entregada” (Art. 101 ECPI), se contempla en el Estatuto la posibilidad de modificar los cargos, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 61.7 literal c) ord. ii) ECPI²²³.

(v) La extradición se fundamenta en el principio de reciprocidad, mientras la *entrega* es un acto de cooperación del Estado Parte a la Corte, el cual constituye una manifestación de verticalidad en la relación de la Corte con un Estado Parte.

La diferenciación entre extradición y entrega tiene relevancia para destacar que ésta como mecanismo de asistencia de los Estados Partes con la Corte Penal Internacional, se inserta en una dimensión vertical de la cooperación; presenta una menor complejidad que la extradición, con miras a facilitar el trabajo de la Corte; y no está atada a las limitaciones derivadas de la nacionalidad del acusado, aspecto que tradicionalmente ha caracterizado a la extradición, en los sistemas estatales.

A pesar de que el Estatuto de Roma prevé la posibilidad de que el procedimiento de entrega se efectúe de conformidad con el derecho estatal establecido para el efecto, si el Estado no regula la materia en su ordenamiento interno, el tratado establece unos procedimientos y requisitos para proceder al cumplimiento, de conformidad con el principio internacional de la buena fe, de una solicitud de entrega emanada de la Corte Penal Internacional. En este caso por tratarse de normas autoejecutables pueden ser aplicadas directamente²²⁴. No obstante, existen aspectos que demandan desarrollo legislativo interno, como se precisará más adelante.

²²³ Artículo 61 Confirmación de los cargos antes del juicio. (...) “7. La Sala de Cuestiones Preliminares determinará, sobre la base de la audiencia, si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa. Según cuál sea esa determinación, la Sala de Cuestiones Preliminares: (...)c) Levantará la audiencia y pedirá al Fiscal que considere la posibilidad de: (...) ii) Modificar un cargo en razón de que las pruebas presentadas parecen indicar la comisión de un crimen distinto que sea de la competencia de la Corte”.

²²⁴ En términos de la doctrina americana, recogida por la europea, una disposición de un tratado internacional es calificada como *self-executing*, o autoejecutable, cuando no requiere de una legislación interna para ser aplicada, esto es, que para poder desplegar todos sus efectos en el ordenamiento interno de un Estado no requieren de desarrollo legislativo previo. En forma correlativa, se admite por la misma doctrina que puedan existir normas internacionales *non self-executing*, es decir disposiciones que aparecen recogidas en un tratado y que no son lo suficientemente completas, y por ende, se hace necesaria la implementación por parte del legislador interno. (Sobre esta distinción, RIENSENFELD,

En efecto, las disposiciones sobre cooperación del ECPI, además de establecer un procedimiento de entrega, prevén mecanismos para resolver los conflictos que puedan surgir del cumplimiento de las obligaciones del Estatuto frente a otros compromisos internacionales, a la vez que contemplan un estándar de garantía de los derechos del acusado. En este sentido, el Estatuto prescribe que para la detención de una persona debe existir orden escrita²²⁵, emanada de autoridad judicial competente que para el efecto lo será la Corte Penal Internacional en los casos declarados admisibles ante ella; y garantiza los derechos de defensa y debido proceso, pues consagra el derecho de la persona cuya entrega se solicita a objetar tal decisión²²⁶, a ser liberado cuando su detención no se ha producido conforme a derecho, y a gozar del beneficio de libertad provisional²²⁷.

Esta distinción entre extradición y entrega es importante con miras a la implementación, toda vez que los desarrollos normativos internos deben establecer procedimientos especiales para la entrega, que tomen en cuenta las especificidades del Estatuto y del procedimiento que se surte ante la Corte Penal Internacional.

Stefan A, y ABBOT Frederick. The scope of U.S. control over the conclusion and operation of treaties. En: Parliamentary Participation in the making and operation of treaties: a comparative study, Netherlands, Ed. Nijhoff. 1994. Así mismo, BUERGENTHAL, Thomas. Tratados Auto-Ejecutables y no Auto-Ejecutables en el Derecho Nacional y el Derecho Internacional. (Traducción de Carlos Armando Figueredo Planchart). Extracto de Recueil des Cours, Volumen 235 (1992-IV).

²²⁵ Estatuto de Roma. Artículo 92.1. "La solicitud de detención y entrega deberá formularse por escrito. En caso de urgencia, se podrá hacer por cualquier otro medio que permita dejar constancia escrita, a condición de que la solicitud sea confirmada en la forma indicada en el párrafo 1 a) del artículo 87".

²²⁶ *Ibidem*. Artículo 89.2. "Cuando la persona cuya entrega se pida la impugne ante un tribunal nacional oponiendo la excepción de cosa juzgada de conformidad con el artículo 20, el Estado requerido celebrará de inmediato consultas con la Corte para determinar si ha habido una decisión sobre la admisibilidad de la causa. Si la causa es admisible, el Estado requerido cumplirá la solicitud. Si está pendiente la decisión sobre la admisibilidad, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución de la solicitud de entrega hasta que la Corte adopte esa decisión".

²²⁷ *Ibidem*. Artículo 92.3. "La persona sometida a detención provisional podrá ser puesta en libertad si el Estado requerido no hubiere recibido la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen, de conformidad con el artículo 91, dentro del plazo fijado en las Reglas de Procedimiento y Prueba. Sin embargo, el detenido podrá consentir en la entrega antes de que se cumpla dicho plazo siempre que lo permita el derecho interno del Estado requerido. En ese caso, el Estado requerido procederá a entregar al detenido a la Corte tan pronto como sea posible".

2.1.4. Los mecanismos para resolver eventuales conflictos entre obligaciones internacionales de entrega y extradición

La coexistencia de la entrega y la extradición como mecanismos de cooperación que operan en distintos ámbitos, puede generar eventuales conflictos, entre obligaciones internacionales. Dada la resistencia que prevaleció en el seno de la conferencia de Roma a establecer causales de denegación de la entrega, en virtud de la importancia de este instrumento de cooperación, parece más adecuado hablar de mecanismos de resolución de los conflictos que se susciten entre obligaciones internacionales, a fin hacerlas compatibles, y no de causales de denegación de la entrega²²⁸.

Son esencialmente dos los escenarios en que se pueden presentar conflictos entre obligaciones internacionales: (i) cuando se presenten solicitudes concurrentes de cooperación, provenientes de la CPI y de un Estado, ya sea en relación con un mismo crimen o por distintos crímenes; y (ii) cuando se presente una incompatibilidad entre la obligación de entrega y otra obligación derivada del derecho internacional, en materia de inmunidad de Estados o de inmunidad diplomática.

El Estatuto de Roma prevé un sofisticado procedimiento para resolver estos conflictos, a fin de hacer compatibles el cumplimiento de los compromisos internacionales previamente contraídos por los Estados, y las solicitudes de asistencia que formule la Corte.

2.1.4.1. La resolución de conflictos frente a solicitudes concurrentes de entrega y extradición

El artículo 90 del ECPI señala el procedimiento a seguir cuando un Estado Parte recibe solicitudes, tanto de la Corte Penal Internacional como de otro Estado, para la entrega de una misma persona por la misma conducta (90.1 a 90.6), ó respecto de una conducta distinta (90.7). Los principios que

²²⁸ En contrario, Carmen Quesada quien señala que: “En el Estatuto de Roma se reconocen como causas de denegación de la cooperación con la Corte respecto de la entrega únicamente las siguientes: (i) La existencia de solicitudes concurrentes. (ii) Las inmunidades, que también afectan las solicitudes relativas a otros tipos de asistencia distintos a la entrega (Art. 98)”. Sin embargo aclara que “las inmunidades no pueden concebirse como una causa de denegación de la cooperación en sentido estricto, sino que más bien constituyen causas de carácter procesal”. (op. cit. p. 423).

orientan esta norma son la prioridad de las solicitudes de la Corte, y la obligación del Estado requerido de consultar con los Estados afectados y con la Corte. Sin embargo, estos principios aparecen matizados por una serie de variables a tener en cuenta como el hecho de que las solicitudes concurrentes provengan de un Estado Parte o no Parte; que la CPI haya determinado o no, la admisibilidad de la causa; y que las solicitudes concurrentes hagan referencia o no, a las mismas personas y respecto de los mismos crímenes. El hecho de que el Estado requirente no sea Parte en el Estatuto, y/o el que la Corte no se haya pronunciado sobre la admisibilidad de la causa, incrementan el ámbito de discrecionalidad del Estado que debe resolver sobre las solicitudes concurrentes, teniendo en cuenta las reglas del artículo 90 ECPI.

Como punto de partida debe tenerse en cuenta, que el Estado requerido sólo puede cumplir una solicitud de entrega si ésta se encuentra bajo su responsabilidad, y para ello debe tomarse en consideración las obligaciones que hubiere contraído con antelación, mediante tratados bilaterales o multilaterales. En estos supuestos estará obligado a poner este hecho en conocimiento de la Corte.

De la combinación de variables que contempla el artículo 90 ECPI, se puede deducir que el único supuesto práctico en el que puede ceder la prioridad de las solicitudes de entrega de la Corte, es aquél en que el Estado que solicita la extradición no es Parte en el Estatuto, y el Estado requerido está obligado por una norma internacional a concederla. En este evento surge una discrecionalidad para el Estado requerido de entregar a la Corte o conceder la extradición, para lo cual tendrá en cuenta factores como: las fechas de las solicitudes; los intereses del Estado requirente; el territorio en que se cometió el crimen; la nacionalidad de la víctima y de la persona solicitada; y la posibilidad de que la Corte y el Estado requirente lleguen a un acuerdo respecto de la entrega (Artículo 90.6 ECPI). En las demás hipótesis de solicitudes concurrentes, prevalece para el Estado requerido la obligación de cooperar que se deriva del Estatuto.

El artículo 90 del Estatuto establece diferencias entre las obligaciones que se generan para los Estados Partes, en relación con la concurrencia de solicitudes relativas a la misma persona por la misma conducta (Art. 90.1 a

90.6), y las que se derivan de la concurrencia de solicitudes referidas a la misma persona, pero por una conducta distinta (Art. 90.7).

Las obligaciones que se derivan de una y otra hipótesis, de conformidad con el artículo 90 del Estatuto, fueron sistematizadas por la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia que revisó la exequibilidad del tratado, así:

“1. Al recibir una solicitud, tanto de la Corte Penal Internacional como de otro Estado para la entrega de una misma persona con relación a una misma conducta, según el artículo 89, el Estado Parte deberá notificárselo a la Corte y al Estado que solicita su extradición (artículo 90.1 ER).

2. Cuando (i) el Estado que solicita es también un Estado Parte; y (ii) la Corte ya ha decidido sobre la admisibilidad, tomando en cuenta la investigación o el enjuiciamiento que lleva a cabo el Estado requirente; entonces (iii) el Estado solicitado deberá dar prioridad a la solicitud de la Corte. Si la Corte aún está considerando la cuestión de admisibilidad, el Estado no deberá extraditar a la persona al Estado requirente hasta que la Corte decida la admisibilidad del caso. (Artículo 90.2 ER)-

3. Cuando (i) el Estado requirente no sea un Estado Parte; y (ii) el Estado requerido no está obligado por alguna norma internacional a conceder la extradición al Estado requirente; y (iii) la Corte haya decidido sobre su admisibilidad; entonces (iv) el Estado requerido deberá dar prioridad a la solicitud de entrega de la Corte (artículo 90.4 ER). Si la Corte no ha determinado aún la admisibilidad de la causa, el Estado requerido podrá dar curso a la solicitud de extradición de manera discrecional, pero no la hará efectiva hasta tanto no se resuelva sobre dicha admisibilidad (artículos 90.3 y 90.5) ER).

4. Cuando (i) el Estado requirente no sea un Estado Parte; y (ii) el Estado requerido esté obligado por alguna norma internacional a extraditar la persona al Estado requirente; y (iii) la Corte ya haya decidido sobre la admisibilidad de la causa; (iv) el Estado requerido deberá decidir si hace la entrega a la Corte o concede la extradición al Estado requirente. Para tomar esta decisión, el Estado requerido tendrá en cuenta al menos estos factores pertinentes: (a) las fechas respectivas de las solicitudes; (b) los intereses del

Estado requirente, tales como si el crimen se cometió en su territorio o fue cometido contra sus nacionales; y (c) la posibilidad de que la Corte y el Estado requirente lleguen a un acuerdo respecto de la entrega (artículo 90.6 ER).

5. Cuando (i) el Estado requirente sea o no un Estado Parte; y (ii) la Corte haya determinado la inadmisibilidad de la causa, tras la notificación de varias solicitudes concurrentes y la posterior decisión de admisibilidad; (iii) y posteriormente el Estado requerido deniegue la extradición al Estado requirente; (iv) entonces el Estado requerido notificará su decisión a la Corte, en caso de que la decisión sobre la admisibilidad de la Corte se haya tomado basándose en la habilidad de enjuiciamiento del Estado requirente (artículo 90.8 ER).

6. Cuando (i) la conducta de la persona solicitada sea distinta en la solicitud de la Corte y en la solicitud del Estado; (ii) ya sea que el Estado requirente sea o no Parte del Estatuto de Roma; y (iii) el Estado requerido no se encuentre obligado por una norma de derecho internacional a extraditar la persona al Estado requirente; entonces (iv) el Estado requerido deberá dar preferencia a la solicitud de la Corte (artículo 90.7. (a) ER).

Cuando todos estos factores se den, el Estado decidirá si entrega la persona a la Corte o la extradita al Estado requirente. Cuando tome esta decisión deberá tener en cuenta todos los factores enumerados en el artículo 90(6), en especial la naturaleza y la gravedad relativas de la conducta de que se trate (artículo 90.7 (b) ER)²²⁹.

Las necesidades de implementación

Descritos así los procedimientos que han de seguir los Estados Partes cuando reciban solicitudes concurrentes de entrega y extradición de la Corte y de otro Estado, respectivamente, no se identifica una necesidad específica de implementación en el Derecho nacional. Esto, comoquiera que se trata de una regulación minuciosa con pretensión de dar respuestas a todas las hipótesis identificadas y además, se ubica en el ámbito del ejercicio de la

²²⁹ República de Colombia. Corte Constitucional, sentencia 578 del 30 de julio de 2002. Fundamento Jurídico 4.11.2.1.2.

jurisdicción de la Corte toda vez que corresponde a un escenario de la cooperación. En este sentido, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional colombiana en la sentencia que revisó la constitucionalidad del tratado, a pesar de que las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional, ello *“no obsta para que las autoridades colombianas, cuando cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial en los términos de las Partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, apliquen las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en él”*²³⁰.

Por consiguiente, para cumplir con los deberes de adecuación de su derecho interno con miras a crear las condiciones para cooperar plenamente con la Corte, los Estados pueden optar, en lo que concierne a la materia reseñada en este aparte, por incorporar las reglas del artículo 90 ECPI en su ley de cooperación, o por aplicar directamente el Estatuto.

2.1.4.2. Los eventuales conflictos entre la obligación de entrega y otras obligaciones internacionales. El problema de las inmunidades y otros acuerdos bilaterales.

El artículo 98 del Estatuto de Roma introduce un mecanismo técnico para permitir a los Estados Partes que compatibilicen las obligaciones derivadas de dicho instrumento, con otras obligaciones emanadas del derecho internacional general o del derecho de los tratados, toda vez que las obligaciones que surjan del ECPI, no puede implicar el incumplimiento de otras obligaciones internacionales.

De acuerdo con el apartado 1° del artículo 98, la CPI no podrá cursar la ejecución de una solicitud de entrega o asistencia si se presenta una incompatibilidad con el derecho internacional en materia de inmunidad de Estados o inmunidad diplomática. Esta norma responde a principios básicos del derecho internacional, conforme a los cuales las personas que desempeñan ciertos cargos oficiales, así como las conductas llevadas a cabo en ejercicio de cargos oficiales, gozan, en virtud de los mencionados principios, de inmunidad frente a jurisdicciones estatales extranjeras, especialmente en el ámbito penal.

²³⁰ Ibídem. Fundamento Jurídico 4.16.

Esta disposición crea un escenario para que se evalúe por parte de la Corte, de acuerdo con la información que le suministre el Estado requerido, si el cumplimiento de una solicitud de cooperación (entrega o asistencia) formulada a ese Estado, puede colocarlo en situación de violar otra obligación internacional, previamente contraída, relativa a las inmunidades diplomáticas o estatales. Se trata de una fórmula orientada a facilitar la cooperación de los Estados, incluso de un tercer Estado involucrado, a través de la renuncia a la inmunidad. En todo caso, será la Corte la que defina si persiste en la solicitud de cooperación.

La inmunidad en materia de derecho penal internacional se sustenta en dos ideas fundamentales: en primer lugar, en el principio de igualdad soberana de todos los Estados, según el cual ningún Estado puede juzgar a otro (*par in parem non habet iudicium*); y en segundo lugar, en la idea de que la capacidad funcional de las relaciones interestatales requiere de un mínimo de libertad de acción y movimiento en el exterior, por parte de los agentes del Estado²³¹.

Frente al derecho penal internacional, la delimitación de las protecciones derivadas de las inmunidades resulta particularmente relevante, toda vez que en la comisión de crímenes internacionales suelen participar agentes estatales, por consiguiente una protección desmesurada por vía de las inmunidades podría conducir a sustraer de la justicia internacional a los autores más poderosos de crímenes internacionales.

La delicada tensión que se presenta entre inmunidad y derecho penal internacional, ha sido resuelta por el derecho internacional contemporáneo a favor del derecho penal internacional, comoquiera que el interés de garantizar la soberanía estatal y el mantenimiento de las relaciones interestatales, cede ante la pretensión de castigo en materia de crímenes internacionales, a través de un sistema exento de espacios que favorezcan la impunidad.

La inmunidad de que disfrutaban los jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros de asuntos exteriores y diplomáticos, conforme al derecho

²³¹ CASSESE, Antonio. *Internacional Criminal Law* (2003), p. 265, citado por WERLE G., op. cit. p. 287.

internacional consuetudinario o convencional, relativo a las inmunidades diplomáticas y estatales, solo impide su persecución por crímenes de derecho internacional durante el tiempo de ejercicio del cargo y sólo es oponible frente a la competencia penal de los Estados. La inoponibilidad de la inmunidad funcional frente a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, resulta del hecho de que se trata de una jurisdicción genuinamente supranacional, que está por definición supraordenada al poder punitivo de los Estados, que tiene una base contractual, conforme a la cual los Estados han acordado que las inmunidades no serán obstáculo para la persecución de crímenes internacionales por parte de la CPI.

Por ello el artículo 98 debe ser interpretado en armonía con el 27 del ECPI, según el cual la circunstancia de que el autor ostente un cargo oficial en el momento de la comisión del hecho, no afecta su responsabilidad frente al derecho penal internacional. La función pública ni exime de responsabilidad, ni presenta una atenuante de responsabilidad; por el contrario la circunstancia de que el hecho se haya cometido en ejercicio de un cargo oficial puede repercutir en la agravación de la responsabilidad.

El espíritu que animó la introducción del artículo 98 en el texto del Estatuto fue el de regular la situación de los acuerdos interestatales relativos a inmunidades que ya estuvieran en vigor, para allanar posibles obstáculos a la ratificación del Estatuto de la CPI.

En lo que concierne al apartado 2º del artículo 98, el problema se centra en la posible incompatibilidad que podría surgir entre las obligaciones derivadas del Estatuto, y otros compromisos previamente contraídos mediante acuerdos internacionales. Esta norma, sobre la cual volveremos con mayor detalle a propósito de la oposición asumida por los Estados Unidos frente a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (Cap. III), fue concebida para posibilitar la interacción de dos tratados, el Estatuto de Roma y una categoría de tratados existentes con anterioridad al momento del ejercicio de su jurisdicción por la Corte. Se refiere a otras obligaciones contractuales como por ejemplo a los tratados sobre estacionamiento de tropas para acciones internacionales²³², y específicamente a los Convenios sobre el Estatuto de

²³² Wirth, Steffen: Immunities, Related Problems and Article 98 of the Rome Statute, Criminal Law Forum 12, 2002, p. 429 y ss. Citado por WERLE G., Tratado, p. 287.

las Fuerzas (CEF), existentes y vigentes en el momento de entrada en vigor el Tratado de Roma²³³.

Esta norma no plantea mayores exigencias de implementación en los sistemas nacionales de los Estados Partes, toda vez que presenta todos los elementos necesarios para su aplicación, por lo que los Estados pueden optar por su incorporación, sin reducir el estándar de cooperación allí previsto, o por su invocación directa cuando se enfrenten a un eventual conflicto entre obligaciones internacionales preexistentes al ECPI y las derivadas de éste en materia de cooperación. No obstante, será la Corte la que definirá, en el caso concreto, si la obligación preexistente que se invoca es oponible al deber general de cooperación plena de los Estados Partes con la Corte, establecido en el Estatuto de Roma (Art. 86 ECPI). Teniendo en cuenta este deber general de cooperación plena con la CPI, resulta contrario a esta obligación el que los Estados Partes presten su consentimiento para la celebración de acuerdos bilaterales que, invocando esta disposición, se orienten a burlar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, mediante previsiones de no entrega, toda vez que estos contradicen los fines del Estatuto de Roma.

2.2. Las formas de asistencia judicial a la Corte Penal Internacional en la conducción de la investigación y el enjuiciamiento

2.2.1. El alcance de la obligación de asistencia judicial

El artículo 93 del Estatuto de Roma establece la obligación de los Estados Partes de cooperar con la CPI en las tareas de investigación o enjuiciamiento. El carácter imperativo de esta forma de cooperación se deriva de las previsiones de los artículos 86, 87 y 93 del ECPI. El artículo 86 prevé un *deber general* de cooperar, el 87 contempla la *facultad* para la Corte de transmitir solicitudes de cooperación a los Estados Partes, y el 93 prescribe que los Estados Partes *deberán* cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte. Con base en el principio de complementariedad,

²³³ PROST, K & SCHLUNK, A. "Article 98, *En*, TRIFFTERER, O. (ed): The Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999. pp. 1131 y ss. Citado, por Quesada C, op. cit. p. 430.

también la Corte podrá en ocasiones prestar asistencia a los Estados, sean estos Partes o No del Estatuto²³⁴.

En cuanto al derecho aplicable a esta forma de asistencia, los artículos 93.1 y 99 ECPI, señalan que debe llevarse a cabo de conformidad con el derecho interno, de modo que debe tratarse de una forma de cooperación no prohibida en el derecho nacional. La admisibilidad de la prueba se rige por un doble rasero, comoquiera que debe atender las previsiones contenidas en el artículo 69 ECPI y en las Reglas 63 a 84 del Reglamento de Procedimiento y Pruebas. No obstante, previamente también debió sujetarse a los requisitos internos sobre admisibilidad de la prueba; en caso de contradicción prevalecen estos últimos.

El artículo 93 del ECPI hace una relación, enunciativa no taxativa, de las formas más importantes de asistencia que deben cumplir los Estados Partes en las investigaciones y enjuiciamientos que adelante la Corte Penal Internacional. Tales son: la identificación y búsqueda de personas; los interrogatorios; la notificación de documentos; la comparecencia de testigos; las inspecciones oculares, allanamientos y decomisos; la transmisión de registros y documentos; la protección de víctimas y testigos, y en general la práctica de pruebas (literales a) a k)), así como *“cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte”*²³⁵.

2.2.2. Las causales de denegación de la solicitud de asistencia judicial

El Estatuto de Roma contempla dos únicas situaciones bajo las cuales, un Estado Parte, puede negarse a cumplir con una solicitud de asistencia emanada de la Corte Penal Internacional. Se trata de causales que operan exclusivamente en relación con esta forma de cooperación, ellas son: (i) que la ejecución de la medida esté prohibida en el Estado requerido por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general; y (ii)

²³⁴ Artículo 93.10 ECPI.

²³⁵ Esta lista toma como base el Tratado Modelo de Naciones Unidas sobre Asistencia Recíproca Mutua en Asuntos Penales y la Convención de Naciones Unidas de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas. (N.U.Doc. E/CONF. 182/15, artículo 7).

que la asistencia solicitada recaiga sobre información que afecte la seguridad nacional.

En relación con la primera causal, el artículo 93.5 ECPI estipula que cuando se trate de una solicitud respecto de las medidas enunciadas en los literales a) - k) del artículo 93.1, y la ejecución de esa medida esté prohibida en el Estado requerido “*por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general*”, éste deberá desarrollar consultas con la Corte a fin de encontrar una solución que le permita brindar la asistencia, como por ejemplo, prestándola de otra manera o sujetándola a ciertas condiciones (artículo 93.3 ECPI). Cuando no sea posible modificar la solicitud, el Estado requerido podrá rehusarse al cumplimiento de la misma, hasta que la Corte modifique tal solicitud, haciéndola compatible con el principio fundamental de derecho interno de aplicación general invocado por el Estado.

En el mismo sentido el artículo 93.1 ECPI estipula que cualquier tipo de asistencia que no esté enumerada en los literales (a) - (k) del artículo 93.1, no es obligatoria cuando esté prohibida por la legislación del Estado requerido. De conformidad con el artículo 93.5 antes de denegar una solicitud de asistencia de conformidad con el párrafo 93.1, literal l), el Estado requerido considerará si puede prestar la asistencia con sujeción a ciertas condiciones o de otra manera, o si es posible hacerlo en una fecha posterior. Si la Corte Penal Internacional o el Fiscal aceptan las condiciones fijadas por el Estado para prestar su cooperación, una y otro estarán obligados a respetar dichas condiciones.

El Estado requerido queda habilitado para rechazar una solicitud de asistencia solamente si los intentos de conciliar los requerimientos de la Corte con las disposiciones de su Derecho interno, resultan infructuosas. En todo caso, si no se da curso a una solicitud de asistencia, el Estado Parte requerido deberá comunicar, sin demora, a la Corte y al Fiscal, los motivos de la negativa.

La segunda causal se presenta cuando surge un conflicto entre el interés del Estado de no suministrar información y documentos relacionados con su seguridad nacional, y el interés de la Corte de obtener dichos materiales como evidencia para la investigación. En este sentido, el artículo 93.4 del

Estatuto autoriza al Estado requerido a no cumplir una solicitud de entrega de documentos o pruebas, si éstos afectan la *seguridad nacional*.

En principio corresponde al Estado la consideración y valoración acerca de si la prestación de la asistencia requerida tiene la potencialidad de afectar la seguridad nacional y justificar esta consideración ante la Corte. No obstante, el Estatuto introduce algunos elementos de balance como una regulación detallada del procedimiento a seguir en caso de invocación de motivos de seguridad nacional (Art. 72 ECPI), y la prerrogativa para la el tribunal internacional de definir, en última instancia, si las razones que invoca el Estado aparecen justificadas, o si el Estado requerido, al invocar la causa de denegación, no ha actuado de acuerdo con sus obligaciones estipuladas en la Parte IX del Estatuto. En tal caso, remitirá el asunto a la Asamblea General de Estados o al Consejo de Seguridad, en el caso de que éste hubiere activado la jurisdicción de la Corte²³⁶.

2.2.3. Las causales de aplazamiento de la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial

De conformidad con los artículos 94 y 95 del Estatuto, el Estado requerido podrá suspender la ejecución de una solicitud de asistencia por el tiempo que se acordare con la Corte, en dos supuestos: (i) cuando la ejecución de la solicitud de asistencia interfiera una investigación o enjuiciamiento en curso en el Estado requerido, sobre un asunto distinto al que refiere la solicitud; y (ii) cuando se presente impugnación a la admisibilidad de la causa de conformidad con los artículos 18 y 19 ECPI²³⁷.

El primer supuesto está previsto en el artículo 94 ECPI y describe la situación en que la solicitud interfiera con una investigación o enjuiciamiento en curso en el Estado, respecto de un asunto distinto. Ante tal situación, el Estado requerido podrá consultar a la Corte y acordar un período de prórroga para la ejecución de la solicitud. Este período no excederá de lo necesario para

²³⁶ Artículos 72 y 87.7 del ECPI.

²³⁷ El artículo 19.2 ECPI establece: “2. Podrán impugnar la admisibilidad de la causa, por uno de los motivos mencionados en el artículo 17, o impugnar la competencia de la Corte: a) El acusado o la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia con arreglo al artículo 58; b) El Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes; o c) El Estado cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12.”

concluir la investigación o el enjuiciamiento de que se trate, en el Estado requerido. Éste podrá optar también por prestar la asistencia de inmediato con sujeción a ciertas condiciones acordadas.

Esta disposición cumple con el propósito de conciliar el interés de la Corte en acopiar las pruebas necesarias, a través de los mecanismos de asistencia judicial para la sustanciación de los asuntos bajo su jurisdicción, con el interés del Estado requerido de conducir su investigación sin interferencias.

El segundo supuesto de aplazamiento de una solicitud de asistencia, regulado en el artículo 95 ECPI, hace referencia a aquellos casos en que la Corte esté examinando la impugnación de la admisibilidad de una causa de acuerdo con lo previsto en los artículos 18 y 19 ECPI, a menos que la Corte autorice expresamente al Fiscal para que continúe con la recolección de pruebas, antes de un pronunciamiento sobre la admisibilidad del asunto. Esta causal se inspira en el propósito de evitar desgates investigativos en el ámbito de la cooperación, cuando aún no se tiene certeza acerca de si la Corte ejercerá su jurisdicción.

2.2.4. Las exigencias de implementación en materia de asistencia judicial

Las demandas de implementación para posibilitar un ejercicio pleno de la obligación de los Estados de cooperar con la Corte en materia de asistencia judicial, se identifican en varios aspectos: En primer lugar, es indispensable establecer canales apropiados de comunicación y radicar en una, o en varias autoridades estatales con competencias definidas, la función de ejercer como órganos cooperadores, así como definir la autoridad legitimada para impugnar la admisibilidad. En segundo lugar, pese a que el derecho aplicable en materia de actividad probatoria ejercida por el Estado, es el ordenamiento jurídico nacional, resulta conveniente adecuar el sistema probatorio estatal a los requerimientos especiales que presenta la criminalidad de sistema, rasgo que caracteriza la competencia material de la Corte. En tercer lugar, se hace necesario precisar en el orden jurídico interno, el alcance de los conceptos “*principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general*”, así como “*pruebas que afecten la seguridad nacional*” con base en los cuales se autoriza al Estado requerido negar una solicitud de asistencia judicial a la

Corte. Se trata de un ámbito de discrecionalidad para el Estado que debe estar precisado mediante una ley estatal. Incluso, podría el sistema normativo interno, mediante la regulación de implementación emanada del órgano legislativo, renunciar a las causales de negativa o aplazamiento de una solicitud de cooperación emanada de la Corte Penal Internacional.

2.2. De la cooperación en materia penitenciaria

2.3.1. Los rasgos fundamentales del sistema de penas previsto en el Estatuto de Roma

Dada la relación estrecha que existe entre soberanía estatal y *ius puniendi*, cuya expresión más característica es la imposición de una pena, la determinación del sistema de penas que se establecería en el Estatuto de Roma fue una materia ampliamente discutida que se materializó en una fórmula de consenso caracterizada por los siguientes rasgos:

(i) La introducción de una cláusula (Art. 80 ECPI), amparada en el principio de complementariedad según la cual la inclusión o exclusión de unas determinadas penas en el Estatuto no tendría por qué afectar el sistema interno punitivo, ni modificaba las leyes internas en materia de penas, estableciendo una especie de reserva de las leyes nacionales. En este sentido el artículo 80 del ECPI prescribe que *“Nada de lo dispuesto en la presente parte²³⁸ se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte”*. Esta cláusula tuvo relevancia para la no inclusión en el Estatuto de sanciones como la pena de muerte o la inhabilitación de derechos, previstas en algunas legislaciones estatales, y para la inclusión de la prisión perpetua, no prevista en muchas de ellas.

(ii) La inclusión de la reclusión a perpetuidad bajo ciertos requisitos como la extrema gravedad del crimen y las circunstancias individuales del condenado. Adicionalmente se estableció un mecanismo obligatorio de revisión de la sentencia conforme al cual ésta sería reexaminada por la Corte

²³⁸ Hace referencia a la Parte VII del Estatuto de Roma denominada “De las penas”.

de manera periódica a fin de determinar si hay lugar a la liberación o no, del sentenciado.

(iii) La clasificación de la pena privativa de la libertad en: prisión que no exceda de 30 años y la reclusión a perpetuidad. Así mismo, la categorización de las penas de contenido económico en: multa, y decomiso del producto y de los bienes y haberes procedentes directa o indirectamente del crimen, dejando a salvo los derechos de terceros de buena fe.

(iv) La potestad de los Estados cooperadores en materia penitenciaria de condicionar su aceptación de formar parte de la lista de Estados receptores, siempre que tales condiciones sean aceptadas por la Corte y compatibles con la Parte X del Estatuto.

A partir de estos acuerdos fundamentales se estableció un sistema de penas contenido en la Parte VII del Estatuto, artículos 77 a 80, en la que se contemplan los aspectos sustantivos; y en la Parte X, artículos 103 a 111, relativa a la ejecución de la pena, ámbito en el que se desarrolla la cooperación, aspecto que es el que interesa para este trabajo.

2.3.2. La naturaleza y alcance de la *obligación de cooperar en materia penitenciaria*

Conforme a la parte X del Estatuto de Roma, corresponde a los Estados Partes hacer efectivas las sentencias proferidas por la Corte, ejecutándolas y reconociéndoles el valor de cosa juzgada.

El carácter vinculante y coercitivo de la cooperación en materia de ejecución de sentencias no aparece tan claro como sí acontece en relación con las otras formas de cooperación. Esta percepción deriva, de una parte del hecho de que el artículo 103 ECPI al regular la función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de la libertad, prevé que para el efecto debe mediar una declaración del Estado en la que acepte su disposición de recibir condenados. De manera que la designación para un caso determinado requiere de esa previa aceptación general de constituirse en Estado receptor. De otra parte, en lo que atañe a la ejecución de penas de contenido económico (multas y decomisos), se contempla más claramente su

carácter vinculante, comoquiera que el artículo 109 prevé que los Estados Partes “*harán efectivas*” las multas y decomisos decretados por la Corte en virtud de la parte VII, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

De las anteriores previsiones y de los principios que orientan la cooperación se puede deducir que la asistencia en materia penitenciaria forma parte de la obligación general de los Estados Partes de cooperar con la Corte Penal Internacional, comoquiera que la ejecución de las sentencias constituye un aspecto esencial e inherente a la eficacia de un modelo de justicia basado en la cooperación. Adicionalmente, de la regulación correspondiente (Parte X) se puede inferir una primacía de la Corte²³⁹ respecto de la función ejecutora de la pena que cumplen los Estados cooperantes, que se manifiesta esencialmente en la supervisión permanente que realiza la Corte sobre la acción ejecutora del Estado.

2.3.2.1. La ejecución de penas punitivas y pecuniarias

De conformidad con las previsiones de la Parte X del Estatuto, los rasgos que caracterizan la cooperación en materia penitenciaria se pueden enunciar como sigue:

(i) La Corte Penal Internacional tiene la atribución de designar, de la lista de Estados que han manifestado estar dispuestos a recibir condenados, al Estado en el que habrá de ejecutarse la pena. Igualmente podrá proceder en cualquier momento a modificar la designación del Estado de ejecución. La cooperación estatal en esta materia no es por consiguiente automática, sino que requiere de una declaración adicional por parte del Estado mediante la cual pone a disposición de la CPI su sistema de administración penitenciaria. Para el efecto, será necesario celebrar acuerdos adicionales de ejecución con los Estados Partes aceptantes.

(ii) La facultad de designación que reposa en la Corte es discrecional pero no arbitraria, en cuanto está orientada por una serie de criterios consignados en

²³⁹ En este sentido: STRIJARDS, G.A.M. Article 103. Role of States in enforcement of sentences of imprisonment. En, TRIFFTERER, O. (ed): Comentario on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer’s Notes, Article by Article, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden, 1999. pp. 1131 y ss.

el artículo 103.3 ECPI, entre los cuales se encuentra el principio de distribución equitativa de las cargas entre los Estados Partes en relación con su responsabilidad por la ejecución de las penas privativas de la libertad, las normas internacionales sobre el tratamiento de los reclusos, la opinión y la nacionalidad del condenado (Art.103.3 ECPI).

(iii) El Estado seleccionado debe resolver sin demora si acepta la designación, para lo cual puede poner condiciones. Ante la imposibilidad de designar a un Estado para la ejecución de la pena, ésta se cumplirá en el establecimiento carcelario que defina el Estado anfitrión, esto es, los Países Bajos, sede de la Corte Penal Internacional (Art. 103.4 ECPI).

(iv) La ejecución de la pena se encuentra bajo la permanente supervisión de la Corte (Art. 106.1 ECPI), no obstante las condiciones de reclusión se rigen por la legislación del Estado de ejecución, con sujeción a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos (artículo 106. 3 ECPI).

(v) El Estado de ejecución no puede modificar la pena privativa de la libertad en ningún caso (Art. 105.1 ECPI), y la decisión relativa a una posible apelación o revisión es de competencia exclusiva de la Corte (artículo 105.2 ER). Toda reducción de la pena compete a la Corte luego de que se hayan cumplido las dos terceras partes, o 25 años de prisión en el caso de cadena perpetua (Art, 110.1 ECPI), de conformidad con los factores señalados en el numeral 4 del artículo 110. En caso de rechazo a la solicitud de reducción de la pena, la Corte deberá examinar periódicamente la cuestión, de conformidad con lo dispuesto en las Reglas de Procedimiento y Prueba (Art. 110.5 ECPI).

(vi) Una vez el condenado cumpla la pena será transferido a otro Estado que esté obligado a recibirlo, o a un Estado que consienta en hacerlo, para lo cual debe mediar la anuencia del condenado. El Estado de ejecución puede decidir si lo autoriza a permanecer en su territorio (artículo 107 ECPI).

(vii) Mientras el condenado se halle bajo custodia del Estado de ejecución, no podrá ser sometido a enjuiciamiento, sanción o extradición de un tercer Estado, por una conducta anterior a la entrega al país receptor, a menos que

la Corte así lo autorice, para lo cual el sentenciado deberá ser oído (Art. 108 ECPI).

(viii) La ejecución de las penas de multa y de las órdenes de decomiso se harán efectivas según el derecho interno de los Estados Partes y teniendo en cuenta los derechos de terceros de buena fe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Estatuto. Su cumplimiento no requiere de una declaración previa de aceptación, éste se deriva directamente de la obligación general de cooperar de todos los Estados Partes, contenida en el Estatuto.

(ix) *La evasión del condenado.* En caso de evasión de la persona bajo custodia el Estado de ejecución puede solicitar al Estado donde se encuentre el prófugo, de conformidad con los acuerdos bilaterales y multilaterales vigentes, que lo entregue, o pedir a la Corte que solicite la entrega según las normas sobre cooperación internacional y asistencia judicial. En todo caso, la Corte Penal Internacional puede determinar si envía de nuevo al condenado que ha evadido el cumplimiento de la pena al Estado de ejecución, o a otro diferente que la Corte indique (Art. 111 ECPI).

x. *La potestad del Estado Parte para condicionar su decisión de recibir prisioneros*

La potestad para el potencial Estado receptor, de condicionar su aceptación, fue incluida en el Estatuto de Roma con el fin de proporcionar una mayor flexibilidad al sistema de cooperación allí establecido, en esta específica materia, y de propiciar que un mayor número de Estados formularan dicha declaración²⁴⁰. No obstante, el Estatuto no contempla unos parámetros que definan u orienten la naturaleza y extensión de los condicionamientos que los Estados pueden invocar.

Conforme al artículo 93.10 del ECPI y la Regla 200.2 de las RPP, el Estado que formule una declaración de aceptación de prisioneros en su sistema penitenciario, tiene la potestad de establecer condiciones a esa prestación; sin embargo, si para la Corte tales condiciones no resultan aceptables, podrá excluir al Estado de la lista de cooperantes en esta materia. La Regla 200 de

²⁴⁰ Quesada, Carmen, op. cit. p.488.

las RPP establece, un sistema similar al de las reservas, según el cual el Estado que haya puesto condiciones para la aceptación, podrá retirarlas en cualquier momento; las modificaciones o adiciones que se hagan a esas condiciones, estarán sujetas a la confirmación de la Presidencia de la Corte.

En algunas legislaciones de implementación se han incluido determinados condicionamientos que podrían ser invocados por el Estado al depositar la declaración de aceptación de condenados. Así por ejemplo, en las leyes, peruana, uruguaya y suiza se condiciona la aceptación de condenados a que sean nacionales del país receptor. Uruguay incorpora adicionalmente la condición de que la pena impuesta no supere el límite punitivo máximo dispuesto en su derecho interno que es de 30 años, criterio que es igualmente acogido por España.

2.3.2.2. Cooperación en relación con las actuaciones orientadas a la reparación

Existe un amplio consenso en calificar la cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional como un factor determinante para la efectividad del trabajo de este tribunal. No obstante, el alcance del deber general de cooperación se suele centrar exclusivamente en *“la investigación y el enjuiciamiento”* en los términos que lo prevé el artículo 86 del ECPI, y en consecuencia se ha focalizado en la asistencia en materia exclusivamente penal. No obstante, esta perspectiva desconoce otras potestades jurisdiccionales adscritas a la Corte y que resultan vitales para el cumplimiento de su cometido de alcanzar justicia integral, como la relacionada con la declaración y la realización de la responsabilidad civil derivada del delito, y la ejecución de medidas cautelares orientadas a garantizar los perjuicios.

Esta perspectiva amplia se fundamenta en una interpretación contextual y teleológica del Estatuto que entiende que la finalidad del sistema de cooperación del Estatuto de Roma es permitirle a la Corte el ejercicio de cualquiera de sus funciones jurisdiccionales²⁴¹. Existe en el Estatuto un

²⁴¹ Olásolo, Héctor. Apuntes prácticos sobre el sistema de cooperación previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En, Olásolo, H. En sayos sobre la Corte Penal Internacional. Bogotá: Universidad Javeriana, 2009, p.140.

catálogo de disposiciones que se enmarcan dentro de la potestad jurisdiccional de la Corte en materia civil, y para efectos de reparación.

En este sentido el artículo 75 ECPI al establecer previsiones sobre la reparación a las víctimas, remite expresamente al artículo 109 ECPI para efectos de la ejecución de órdenes de reparación. La Regla 99 de las RPP, refiere al artículo 57.3 del ECPI, según el cual es preciso *“recabar la cooperación de los Estados (...) para adoptar medidas cautelares a los efectos de un decomiso que, en particular, beneficie en última instancia a las víctimas”*. Estas medidas cautelares se podrán adoptar una vez se ha proferido una orden de detención o de comparecencia.

Un tema complejo adscrito a la potestad de adoptar medidas cautelares con miras a la reparación, es el de la preservación de los derechos de terceros de buena fe. Se trata de una materia que cobra particular importancia en el ámbito de la implementación, comoquiera que ni el Estatuto ni las Reglas de Procedimiento y Pruebas prevén claramente el alcance del deber de cooperación en esta materia, ni los límites de la jurisdicción nacional para adoptar una decisión que al proteger los derechos de terceros, afecte la medida cautelar proferida por la Corte. Lo que debe definirse es si a esta materia se le debe dar un carácter sustantivo, y en este caso, las alegaciones de terceros sobre bienes objeto de una medida cautelar deberían ser resueltas por la Corte, o si se trata de un acto más de cooperación y en tal caso, lo resolverían los jueces nacionales de conformidad con el derecho estatal²⁴².

Creemos que se trata de un acto de cooperación que debe ser resuelto conforme al derecho nacional, toda vez que el conflicto de carácter patrimonial deberá examinarse conforme a las leyes civiles nacionales para lo cual cuentan con mejores destrezas los jueces locales; lo contrario llevaría a la saturación de la Corte con asuntos que si bien tienen especial relevancia en orden a la reparación de las víctimas, no forma parte de las tareas nucleares que competen a este tribunal, y más bien son típicos del ámbito de la asistencia.

²⁴² Esta disyuntiva es puesta de presente por Olásolo, quien recuerda que las leyes de implementación han optado por diversas soluciones. Así, en el modelo suizo se opta por tratar la definición de las alegaciones de terceros de buena fe como un acto de cooperación, en tanto que en el modelo francés, se le da una naturaleza sustantiva y se deja a la resolución de la Corte. (Ibídem, p. 159).

2.3.2.3. Exigencias de implementación en materia de ejecución de penas y de medidas de reparación

En lo que concierne a la ejecución de las penas privativas de la libertad, las necesidades de implementación surgen a partir de que el Estado Parte manifieste su disposición de integrar la lista de Estados cooperantes, y sea aceptado por la Presidencia de la Corte. Esta manifestación se formaliza mediante acuerdos de cooperación. El gran desafío que enfrenta el Estado cooperante en este ámbito, es el de ajustar las condiciones de ejecución de la pena a estándares internacionales mínimos, comoquiera que si bien las condiciones de ejecución se rigen por la legislación del Estado de custodia, la supervisión de la misma es realizada por la Corte conforme a los estándares internacionales.

Así mismo los Estados deben regular lo relacionado con los eventos que autorizan ofrecer una cooperación condicionada en materia de ejecución de penas privativas de la libertad, así como establecer previsiones sobre el enjuiciamiento o sanción del condenado bajo custodia, por otros delitos.

La ejecución de las medidas que adopte la Corte con miras a la reparación de las víctimas, es un aspecto que debe ser considerado de manera especial en una ley de cooperación, comoquiera que en el Estatuto y las RPP se les asigna un papel muy discreto, la regulación es muy lacónica y dispersa, y son múltiples las controversias que su ejecución puede suscitar.

3. Balance

3.1. La importancia que reviste la cooperación, como un elemento fundamental del modelo de justicia basado en la complementariedad acogido por el Estatuto de Roma, se refleja en la configuración que sobre el particular contempla el Estatuto. El diseño de las diversas manifestaciones de la cooperación (detención y entrega; asistencia; y ejecución penitenciaria), develan que se trata de una obligación para los Estados Partes, que se aprecia más rígida en materia de detención y entrega, comoquiera que no admite negativas a prestarla, aunque se prevean mecanismos para la resolución de eventuales conflictos con el cumplimiento de otras obligaciones

internacionales; un poco más flexible en materia de asistencia judicial, toda vez que contempla algunas causales para negar o aplazar la asistencia, sujetas siempre a la valoración de la Corte; y más difusa en materia penitenciaria, comoquiera que opera a partir de la manifestación voluntaria del Estado, pero una vez ésta es aceptada por la Corte, adquiere todas las características de una obligación internacional.

3.2. Una de las manifestaciones más significativas de las obligaciones así identificadas, es la de establecer en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes los mecanismos adecuados para poder prestar colaboración plena a la Corte Penal Internacional; esto implica implementación del tratado en materia procesal. El hecho de que en relación con las tres expresiones de la cooperación a que aluden las Partes IX y X del Estatuto, se prevea que el derecho aplicable está conformado por las normas pertinentes del tratado y el Derecho nacional, impone a los Estados un deber de adecuación normativa. Y aunque se admite que en el ámbito de la cooperación, es posible aplicar directamente en el orden jurídico nacional los preceptos del Estatuto, siempre y cuando se trate de normas completas que permitan esa aplicación, se identifican muchos aspectos que exigen necesariamente desarrollo o adecuación normativa.

3.3. El imperativo de implementación se hace particularmente evidente en aspectos tales como:

(i) El establecimiento de canales de comunicación entre la Corte y las autoridades nacionales, lo que implica la definición de los órganos cooperadores. Es preciso diferenciar los procedimientos y los órganos que pueden llevar la representación del Estado en la discusión acerca de la admisibilidad, de los procedimientos y órganos a quienes se confía la labor de interactuar en materia estrictamente penal.

(ii) El sistema probatorio debe ajustarse a los requerimientos de la investigación de criminalidad de sistema, para brindar una asistencia pertinente, y precisar los conceptos jurídicos indeterminados previstos en el ECPI, como causales para rehusar una solicitud de asistencia como la *contradicción de un principio fundamental de derecho de aplicación general* y

los motivos de *seguridad nacional* como justificantes para abstenerse de transmitir una información.

(iii) En lo que concierne a la detención y entrega, la ley de implementación debe establecer con certeza los procedimientos internos aplicables a esta forma de cooperación. Es una exigencia vinculada a la satisfacción de garantías procesales de los afectados, y responde a la necesidad de crear las condiciones que permitan al Estado informar a la Corte sobre los requisitos emanados de su derecho interno, en materia de detención y entrega de una persona a un órgano de justicia internacional, a fin de que ésta pueda cursar una solicitud de esta índole, conforme al Art. 91.4 ECPI.

(iv) En materia penitenciaria, el gran desafío radica en ajustar el sistema de ejecución de penas a los estándares internacionales sobre el tratamiento de reclusos, comoquiera que sobre esta base se efectuará la supervisión de la Corte; igualmente se precisa de un marco normativo sobre los motivos que permiten al Estado condicionar la prestación del consentimiento para cooperar en materia penitenciaria.

(v) En lo que concierne a la ejecución de penas pecuniarias y medidas cautelares orientadas a garantizar la reparación, la labor de implementación se hace particularmente exigente, comoquiera que la regulación del Estatuto y las RPP sobre estas materias es bastante general e incompleta, lo que contrasta con la multiplicidad de controversias de orden civil que estos eventos pueden suscitar. El derecho nacional debe adecuarse para enfrentarlas.

3.4. Los requerimientos de regulación identificados demuestran la importancia de que el principio de complementariedad despliegue todas sus funciones a través de una ley de implementación en materia procesal, que *armonice* el ordenamiento jurídico interno con los preceptos de la Parte IX y X del Estatuto, y a su vez *dinamice* el desarrollo normativo interno a efecto de crear mecanismos de articulación entre la jurisdicción nacional y la administrada por la CPI, para facilitar la ejecución de todas las medidas de detención y entrega; asistencia; y ejecución de penas. Estos desarrollos legislativos a su vez se hacen necesarios para que las relaciones entre la Corte y el sistema nacional de justicia se desenvuelvan a través canales

institucionalizados previamente definidos, que propicien un balance entre los intereses de preservar la soberanía estatal y los de perseguir eficazmente los crímenes internacionales, estableciendo para ello unos marcos y límites que propicien una relación constructiva y eficaz frente al propósito común de lucha contra la impunidad.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA COMPARADA SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El análisis efectuado en los capítulos anteriores demuestra que la implementación del ECPI en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, no está librada a su total discrecionalidad, sino que constituye una obligación vinculada a la naturaleza misma del modelo de jurisdicción adoptado, a los fines y objeto del tratado, y a las explícitas exigencias de desarrollo legislativo, contenidas en la parte IX del ECPI.

Como se ha recalcado, los esfuerzos que realizan los Estados para adaptar su Derecho penal interno al derecho penal internacional, y en particular al Estatuto de la CPI, parten del reconocimiento de que la persecución estatal de los crímenes de derecho penal internacional – jurisdicción preferente - es de vital importancia para el sistema internacional de justicia penal instaurado a partir de la creación del tribunal internacional permanente. El concepto de complementariedad que atraviesa el sistema delineado en el ECPI, plasma la idea de un modelo de justicia descentralizado²⁴³, que se integra mediante la concurrencia de esfuerzos de los órganos judiciales internos y la Corte Penal Internacional, con miras a hacer comparecer ante la justicia a los responsables de los crímenes de derecho internacional.

De otro lado, la cooperación de los Estados, establecida como deber general, constituye a su vez un pilar fundamental para la eficacia del sistema de justicia previsto en el ECPI, comoquiera que constituye una expresión nuclear del principio de complementariedad en el que se sustenta el sistema jurisdiccional, y el soporte operativo de la jurisdicción complementaria que ejerza la CPI.

Cualquiera que sea la estrategia de implementación adoptada por los Estados, estos deben mostrar que están dispuestos y en condiciones de

²⁴³ WERLE, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 148.

perseguir los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, con un nivel de efectividad similar al que ofrece la Corte Penal Internacional, y que de no ser así, están en condiciones de prestar a la Corte toda la cooperación necesaria en el caso de que esta decida ejercer la jurisdicción complementaria.

EL Estatuto de la Corte Penal Internacional entró en vigor el 1° de julio de 2002 con la ratificación número 60. En la actualidad el tratado cuenta con 139 Estados firmantes y 122 ratificaciones²⁴⁴, lo cual demuestra un significativo avance en la construcción de un sistema de justicia global. Sin embargo, uno de los grandes desafíos continúa siendo la implementación del tratado en los sistemas nacionales de justicia, comoquiera que constituye el presupuesto indispensable para poner en ejecución el principio de complementariedad, eje central de todo el sistema del ECPI.

En este capítulo se observará la experiencia derivada del proceso de implementación del ECPI que se ha surtido en países que son parte del tratado, pertenecientes a distintos continentes y tradiciones jurídicas. Para la selección de los países de cada continente que serían objeto de observación, los criterios aplicados fueron el grado de desarrollo de la implementación, y el acceso a información. Esta observación se realizará a partir de algunas variables seleccionadas a fin de obtener una percepción global de los esfuerzos de implementación que se han desarrollado, en los aspectos sustancial y procesal.

Las variables seleccionadas son: (i) en primer lugar, se observará de manera general, la posición política y jurídica que han asumido los Estados frente a la creación del tribunal penal internacional; (ii) en segundo lugar, se indagará sobre la manera como los Estados han adecuado sus sistemas legales internos para habilitarse con miras a ejercer la jurisdicción preferente que les otorga el sistema. A esto hemos denominado *la dimensión sustantiva de la implementación* y tiene que ver con: a). la forma de implementación adoptada; b). la incorporación de los tipos penales que conforman la competencia material de la Corte; c). la creación de categorías de imputación acordes con el enjuiciamiento de crímenes internacionales; d). la incorporación o ampliación del principio de jurisdicción universal; e) y la

²⁴⁴ www.iccnw.org. Coalición por la Corte Penal Internacional, consultada el 6 de mayo d 2013.

recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. (iii) Y en tercer lugar, en la dimensión procesal, que corresponde al ámbito de la cooperación, se observará la adecuación normativa e institucional que se ha realizado para cumplir con los deberes generales de cooperación que impone el ECPI a los Estados Partes, con especial referencia a: (a). Los mecanismo de comunicación entre la Corte y las autoridades nacionales (órganos de comunicación, consultas e impugnaciones); (b). La regulación para hacer posible la entrega de personas a la Corte; (c). Los dispositivos relativos a la asistencia judicial; (d). La cooperación en materia de ejecución de sentencias.

La observación focalizada en estos aspectos tiene como propósito identificar en las experiencias analizadas, la predisposición política y jurídica de los sistemas nacionales a la incorporación del derecho penal internacional en su derecho interno; el nivel de realización de las funciones que se adscriben al principio de complementariedad (Cap.I); la forma y el grado de adhesión de los Estados Partes al cumplimiento de las obligaciones que se derivan del mandato de cooperación previsto en el ECPI (Cap. II); así como los elementos fundamentales que debe contener una correcta implementación del tratado (Bases para el Cap. IV).

1. Las modalidades de implementación a nivel global

Los Estados Partes han acudido a diversas modalidades de implementación para recepcionar el derecho penal internacional en sus sistemas nacionales de justicia. Las alternativas identificadas son: (i) la incorporación de las normas del ECPI, ya sea mediante aplicación directa, reenvío (incorporación por referencia), ó reproducción; (ii) la implementación modificatoria (sustantiva y procesal); (iii) la aplicación de la ley penal ordinaria, como consecuencia de la no implementación; (iv) o algunas de estas formas combinadas²⁴⁵.

(i) La incorporación, considerada por algunos la alternativa más propicia al derecho internacional²⁴⁶, está referida solo al derecho material²⁴⁷ y consiste

²⁴⁵ WERLE, op. cit. Pág. 153.

²⁴⁶ *Ibidem*, pág. 150

²⁴⁷ AMBOS, Kai, La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania, Temis, 2007, pág.19.

en la recepción completa de las normas sustantivas del ECPI en el derecho interno. Esta modalidad se puede llevar a cabo a través de distintas técnicas. En primer lugar, mediante la *aplicación directa*, en aquellos sistemas con tradición jurídica influenciada por el *common law* en los que es posible la aplicación directa del derecho internacional consuetudinario, incluyendo el derecho penal internacional consuetudinario²⁴⁸.

También puede darse mediante la *incorporación por referencia*²⁴⁹ directa o reenvío a las normas y principios más importantes del ECPI. En este caso, la ley interna incorpora una norma de remisión a las prescripciones del Estatuto; esta remisión podría incluso efectuarse respecto del derecho penal internacional contenido en normas consuetudinarias. Sin embargo, tal técnica no es aceptable en los sistemas jurídicos en los que la punibilidad de una conducta está regida por un principio de legalidad estricto.

La incorporación por *reproducción*, en la cual se transcriben literalmente en la ley interna las conductas delictivas previstas en el ECPI (Arts. 6 a 8) también constituye una técnica posible. No obstante, esta alternativa puede presentar problemas constitucionales, toda vez que las descripciones de los tipos penales del ECPI influenciadas por el derecho anglosajón, y por ende más flexibles, pueden resultar contrarias al principio de legalidad estricta que gobierna el derecho punitivo en la mayoría de los sistemas nacionales de justicia. En lo que tiene que ver con el aspecto procesal propio de la cooperación, esta alternativa no resulta viable, toda vez que las normas procesales del ECPI y de las RPP, están establecidas para el procedimiento ante la Corte, y si bien constituyen un referente obligado para la regulación

²⁴⁸ La Constitución Sudafricana establece en su artículo 232 que el derecho internacional consuetudinario, incluyendo el derecho penal internacional consuetudinario, forma parte del derecho sudafricano. No obstante, como lo señala DURGARD J., "*La mayoría de los estados, incluyendo Sud África, no juzgarán a una persona por un crimen internacional sin que la conducta haya sido criminalizada bajo la propia ley.*" (International Law: A South African perspective. 2ª ed. Claremont: Juta Law. 2000, p. 141). Así lo destaca también WERLE quien sostiene que "*los tribunales de estos sistemas jurídicos son extraordinariamente renuentes a aplicar las normas consuetudinarias. Las definiciones de los crímenes que se encuentran latentes en las normas consuetudinarias, sólo reviven en escasas situaciones sin actividad legislativa.*" (WERLE, G. Tratado...p.150).

²⁴⁹ La legislación argentina acudió a esta técnica de incorporación, en el artículo 11 de la Ley 26.200 de 2007. Conforme a esta norma "*las conductas descritas en los artículos 6º, 7º, 8º, 9º y 70 del Estatuto de Roma y todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean competencia de la Corte Penal Internacional serán punibles para la República de Argentina en la forma en que esta ley lo prevé.*" También Nueva Zelanda en su *International Crimes and International Criminal Court Act*, artículo 9º para efectos de la definición del crimen de genocidio remite al artículo 6º del Estatuto de Roma. (Disponible en <http://www.legislation.govt.nz>).

de los mecanismos de cooperación en el orden interno, estos deben adecuarse a las especificidades del ordenamiento jurídico nacional.

(ii) La implementación puede darse así mismo a través de la *modificación de la normatividad interna*, con el propósito de integrar el contenido fundamental de las normas internacionales en el derecho penal interno. Este sistema de incorporación, que implica necesariamente actividad legislativa, ofrece ventajas de armonización, comoquiera que permite preservar las especificidades del sistema jurídico nacional, y además posibilita crear estructuras normativas que sirviéndose del derecho internacional convencional, pueda a su vez fortalecerse con categorías propias del derecho consuetudinario, ahora convertidas en derecho positivo, a través de la implementación²⁵⁰.

Esta modalidad de implementación ha operado valiéndose de fórmulas distintas como la promulgación de leyes nuevas, o la modificación de las ya existentes, alternativa a la que han acudido muchos países como es el caso de Alemania, Austria, Sudáfrica, Eslovenia, Finlandia, Argentina, Uruguay, entre otros.

(iii) Algunos Estados han optado por la no implementación del derecho penal internacional en el derecho interno. Esta opción, denominada como “*solución cero*”²⁵¹ solo resultaría compatible con el principio de complementariedad y el objeto y fin del Tratado de Roma, en aquellos Estados que tuvieren un derecho penal sustantivo que permita la persecución material de los crímenes internacionales. De lo contrario, se estarán sustrayendo a los mandatos que de conformidad con el Preámbulo del ECPI, se derivan para los Estados del modelo jurisdiccional regido por la complementariedad, y aceptando anticipadamente, como primera opción, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en una inversión de prelación que desvirtúa el sistema complejo de jurisdicciones concurrentes que se quiso instituir.

²⁵⁰ El artículo 10 del ECPI establece que “Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”.

²⁵¹ Al respecto ha señalado WERLE que “En el caso de la denominada “solución cero”, los Estados se basan en su derecho penal ordinario para proceder a un castigo adecuado de los crímenes de derecho penal internacional, por ejemplo acudiendo a los tipos clásicos de asesinato, privación de la libertad y otros”. Para este autor esta no es una solución excluida del Estatuto por que no existe una obligación de implementar. (WERLE G. Tratado...p. 152).

Otros sistemas jurídicos han optado por una combinación de esas modalidades de implementación nacional del derecho penal internacional, comoquiera que pueden incorporar principios de derecho internacional, y a su vez aplicar el derecho nacional preexistente en relación con la tipificación de crímenes, e introducir modificaciones legislativas de adecuación. Acudir a esta fórmula implica una valoración del sistema normativo interno, a efecto de establecer en qué medida está en capacidad de responder a los requerimientos del principio de complementariedad y de los deberes de cooperación.

2. El proceso de implementación en América

De los 35 Estados pertenecientes a la Organización de los Estados Americanos (OEA), la gran mayoría ha ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Solamente 7 Estados se han sustraído a su ratificación. Ellos son: Bahamas, El Salvador, Cuba, Haití, Jamaica, Nicaragua y los Estados Unidos de América. Así mismo, 17 Estados del continente americano,²⁵² han ratificado el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte (APIC).²⁵³ De otra parte, 13 Estados de este continente²⁵⁴, -

²⁵² Según información publicada en la página virtual de la Coalición por la Corte Penal Internacional, a septiembre 25 de 2012 los Estados del Continente Americano que han ratificado el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades son: Argentina (1° de Febrero de 2007); Belice (14 de septiembre de 2005); Bolivia (20 de enero de 2006); Brasil (12 de diciembre de 2012); Canadá (22 de junio de 2004); Chile (26 de septiembre de 2011); Colombia (15 de abril de 2009); Costa Rica 28 de abril de 2011; Ecuador (19 de abril de 2006); Guyana (6 de noviembre de 2005); Honduras (1° de abril de 2008); México (26 de septiembre de 2007); Panamá (16 de agosto de 2004); Paraguay (16 de julio de 2005); República Dominicana (10 de septiembre de 2009); Trinidad y Tobago (6 de febrero de 2003); Uruguay (1° de noviembre de 2006).

²⁵³ El Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades, es un convenio independiente del Estatuto de Roma, basado en el artículo 48 de este instrumento, que otorga privilegios e inmunidades a los funcionarios de la Corte, similares a los que ostentan las agencias de la ONU y otras organizaciones internacionales. Su finalidad es la de asegurar que los Estados permitan que la Corte funcione de manera independiente, de conformidad con los procedimientos definidos en el Estatuto de Roma y en las Reglas de Procedimiento y Prueba. El acuerdo fue elaborado por la Comisión Preparatoria de la CPI y adoptado por la Asamblea de los Estados Partes (AEP) el 9 de septiembre de 2002. Al 30 de junio de 2004, fecha límite para poder firmar el acuerdo, este contó con 62 Estados signatarios. Requirió la ratificación mínima de 10 Estados para entrar en vigor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35 del Estatuto de Roma. El artículo 48 del ECPI contiene el marco sobre los privilegios e inmunidades del personal de la Corte, pero el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades define en detalle el tipo de protección y las obligaciones que asumen los Estados Partes. Por medio de la ratificación del Estatuto de Roma, todos los Estados Partes de la CPI están obligados a respetar los privilegios e inmunidades de los funcionarios de la Corte y su documentación. Además de brindarle a la

Partes y No partes - han firmado los denominados Acuerdos Bilaterales de Inmunidad con los Estados Unidos (ABI)²⁵⁵, 5 de ellos lo han ratificado²⁵⁶, en tanto que 2 los han asumido como acuerdos ejecutivos, sustraídos a los controles propios de los tratados²⁵⁷.

En cuanto al proceso de implementación del Estatuto de Roma en los sistemas jurídicos de los Estados Partes, se observa que son muy pocos los Estados del continente americano que han avocado en forma completa esta labor de adecuación de sus sistemas nacionales de justicia ya sea para ejercer satisfactoriamente la jurisdicción prevalente que les asigna el ECPI en virtud del principio de complementariedad; ó para cooperar con la Corte, cuando ésta decida asumir la jurisdicción complementaria. La lentitud en el proceso de implementación legislativa del tratado en América se refleja en que los únicos países que han expedido leyes de implementación, que desarrollan en mayor o menor grado los aspectos sustantivo y procedimental son: Argentina, Canadá, Chile, Costa Rica, Perú y Uruguay.

Corte privilegios e inmunidades como organización internacional, el acuerdo brinda privilegios e inmunidades a ciertas personas, a saber: (i) Representantes de Estados que participan en la Asamblea y en sus órganos subsidiarios, y representantes de organizaciones intergubernamentales (Art.13); (ii) Representantes de Estados que participan en los procedimientos de la Corte (Art.14); (iii) Magistrados, Fiscal, Fiscales Adjuntos y Secretario (Art. 15); (iv) Personal local contratado que no esté de otro modo contemplado en el acuerdo (Art.17); (v) Abogados y personas que asisten a los abogados defensores (Art. 18); (vi) Testigos (Art. 19);(vii) Víctimas (Art. 20); (viii) Peritos (Art. 21); (ix) Otras personas cuya presencia se requiera en la sede de la Corte. (El texto del acuerdo está disponible En: untreaty.un.org/cod/icc/a. (Consultado el Junio 6 de 2013).

²⁵⁴ Antigua y Barbuda (Estado No Parte); Belice (Estado Parte), Bolivia (Estado Parte); Colombia (Estado Parte), Dominica (Estado Parte); El Salvador (Estado No Parte); Grenada (Estado Parte); Guyana (Estado Parte); Haití (Estado No Parte); Honduras (Estado Parte); Nicaragua (Estado No Parte); Panamá (Estado Parte); República Dominicana (Estado Parte).

²⁵⁵ En línea: <http://www.iccnw.org>. (Consultado en Junio 12 de 2013). Los ABI son acuerdos tipo, a través de los cuales los Estados Unidos ha desarrollado una estrategia diplomática a nivel global, orientada a sustraer a sus nacionales de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Estos acuerdos han sido suscritos fundamentalmente por Estados que reciben ayuda militar o económica del Estado promotor. Los ABI presentan una estructura común, en los que se estipula que los nacionales de un Estado Parte en esos convenios, que se encuentren presentes en el territorio de otro Estado Parte del mismo acuerdo, no deben ser entregados a la CPI, sin el consentimiento del primer Estado Parte; tampoco podrán ser transferidos a otra entidad o a un tercer Estado, con el objeto de ser entregados a la Corte. Prevé así diversas modalidades de prohibición de la entrega, todas ellas orientadas a impedir que sea el Estado receptor quien determine qué tribunales enjuiciarán los crímenes cometidos en su territorio por nacionales estadounidenses.

²⁵⁶ Guyana, Honduras, Panamá, El Salvador, Nicaragua.

²⁵⁷ Antigua y Barbuda, y Colombia.

A continuación se hará una breve referencia a las experiencias de implementación en América, a partir de las variables ya mencionadas.

2.1. La posición política y jurídica del continente americano frente a la Corte Penal Internacional. Perspectiva general

La oportunidad en que los Estados han adoptado la decisión de hacerse parte del tratado que crea la Corte Penal Internacional; el tiempo transcurrido entre la firma y su ratificación; el alcance de las reformas constitucionales efectuadas; la adhesión a otros instrumentos complementarios, como el Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional (APIC), o disuasivos, como los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad (ABI) promovidos por los Estados Unidos; así como la promulgación de una ley de implementación, son hechos indicativos de la disposición política y jurídica de los Estados frente a la creación del tribunal internacional. A continuación se reseñan estos aspectos en relación con los Estados del continente americano que, por su carácter de pioneros en materia de implementación, han sido seleccionados como muestra de este análisis.

2.1.1. En este orden de ideas se observa que la República de Argentina firmó el Estatuto de Roma el 8 de enero de 1999 y lo ratificó el 8 de febrero de 2001, convirtiéndose así en el Estado Parte número 28²⁵⁸. Ratificó así mismo el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional el 1° de febrero de 2007, y no suscribió Acuerdo Bilateral de Inmunidad con los Estados Unidos. Adicionalmente promulgó una ley específica de implementación²⁵⁹ en la que incluyó los aspectos sustanciales y procesales.

2.1.2. La República Federativa del Brasil suscribió el Tratado de Roma el 7 de febrero de 2000 y lo ratificó el 14 de junio de 2002, convirtiéndose en el Estado Parte número 69. Aunque no realizó una reforma a la Constitución, previa a la ratificación del tratado, sí lo hizo con posterioridad a este acto jurídico. En efecto, en diciembre de 2004, incorporó el siguiente párrafo al

²⁵⁸ PARENTI, Pablo. Caso Uruguayo. *En* AMBOS, Malarino, Woishcnik (editores). *Dificultades Jurídicas y Políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma*, Bogotá: Temis, 2007, p. 50.

²⁵⁹ República de Argentina, Congreso Argentino. Ley 26.200 de 2007. Boletín oficial 31.069 de enero 9 de 2007.

artículo 5° de la Constitución: *“El Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a cuya creación ha manifestado adhesión”*. Se acudió a esta fórmula en razón a que en el sistema jurídico de este país el tratado tiene rango inferior a la Constitución y no se ha proferido una decisión de compatibilidad por parte del tribunal constitucional²⁶⁰. El 23 de septiembre de 2008 fue presentado a la Cámara de diputados un proyecto de implementación. Dado que en 2007 se había registrado otro proyecto de ley, fueron acumulados, estudiados conjuntamente y aprobados en un texto consensuado en 2009, por la Comisión Constitucional de Justicia y Ciudadanía de la Cámara de Diputados. A la fecha no se conoce el texto de la ley.

Brasil firmó el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades (APIC) el 17 de mayo de 2004, y lo ratificó el 12 de diciembre de 2011. Públicamente rechazó, el 4 de septiembre de 2002, el Acuerdo Bilateral de Inmunidades impulsado por EE. UU.

2.1.3. Canadá por su parte, firmó el Estatuto de Roma el 18 de diciembre de 1998 y lo ratificó el 7 de julio de 2000, convirtiéndose en el Estado Parte número 14. Ratificó el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional en junio de 2004. Tras esta ratificación (10° Estado) el acuerdo entró en vigor en julio de 2004. Este país no ha firmado un Acuerdo Bilateral de Inmunidad con los Estados Unidos, por el contrario, ha liderado en América acciones en favor de la efectividad de la Corte Penal Internacional²⁶¹. En el año 2000, Canadá se convirtió en el primer Estado en

²⁶⁰ MALARINO, Ezequiel. Evaluación comparativa. Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma a la luz de la experiencia latinoamericana. *En*, AMBOS, MALARINO, WOISHCNIK (editores), Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación e implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Montevideo: Fundación Konrad- Adenauer, 2006, p. 504.

²⁶¹ Canadá es un Estado que se ha mostrado comprometido con la CPI desde los inicios de su formación y establecimiento. Ha sido un líder en el cabildeo y en la producción de materiales en apoyo a la CPI. Canadá dirigió el Grupo de Países Afines durante la Conferencia Diplomática de Roma que logró presentar una posición unificada en favor de la CPI y buscó el compromiso de los Estados sobre las disposiciones principales del Estatuto de Roma. Philippe Kirsch, quien dirigió las negociaciones en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998 y las sesiones de la Comisión Preparatoria, fue elegido como magistrado de la CPI en febrero de 2003 y como Presidente de la Corte en marzo de 2003. Adicionalmente Canadá ratificó el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades (APIC) en junio de 2004. Con la ratificación de Canadá, la décima, este acuerdo entró en vigor en julio de 2004. El Gobierno de Canadá cuenta con un portal [\[\[portal\]\]](http://www.dfait-maeci.gc.ca/foreign_policy/icc/welcome-en.asp) ((http://www.dfait-maeci.gc.ca/foreign_policy/icc/welcome-en.asp)) en el cual se hace un recuento de las diversas contribuciones de este país en el esfuerzo por crear una CPI y una sección para promover la firma,

adoptar la legislación de implementación del Estatuto de Roma, expidiendo la *“Ley contra crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra”*²⁶².

2.1.4. La República de Chile suscribió el Tratado de Roma el 11 de septiembre de 1998, y lo ratificó el 29 de junio de 2009²⁶³. El 3 de agosto de 2011 el Senado de Chile aprobó el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunities de la Corte Penal Internacional, expidiendo luego el Decreto de ratificación No. 137 de 2012. Chile no ha suscrito Acuerdo Bilateral de Inmunidad con los Estados Unidos. El 20 de mayo de 2009, el parlamento chileno aprobó una reforma constitucional que reconoció la jurisdicción de la Corte. En dicho acto se estableció que el Estado chileno *“podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma”*²⁶⁴. Se evidencia en esta reforma el propósito del Estado chileno de adecuar su sistema de justicia a los requerimientos del principio de complementariedad y de reafirmar su condición de jurisdicción preferente, al señalar que *“al efectuar ese reconocimiento Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.”*²⁶⁵

2.1.5. Costa Rica firmó el Estatuto de Roma el 7 de octubre de 1998 y lo ratificó el 7 de junio de 2001, convirtiéndose en el Estado Parte número 33. Ratificó el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunities de la Corte Penal Internacional el 28 de abril de 2011, y se negó a firmar Acuerdo Bilateral de Inmunidad con los Estados Unidos. En mayo de 2002 este Estado adoptó

ratificación e implementación de la Corte Penal Internacional. (Coalición a favor de la Corte Penal Internacional, en www.iccnw.org. (Consultado en mayo 13 de 2012).

²⁶² Republic of Canada, Justice, Courts and Judiciary, Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000, c.24 An Act respecting genocide, crimes against humanity and war crimes and to implement the Rome Statute of the International Criminal Court, and to make consequential amendments to other Acts. En línea [<http://laws.justice.gc.ca/en/C-45.9/text.html>]. (Consultado el 20 de Julio de 2012). Esta ley se encuentra en inglés. Las referencias que de ella se insertan, corresponden a traducción no oficial.

²⁶³ En fallo de abril 8 de 2002, el tribunal constitucional chileno, había advertido sobre la necesidad de modificar la Constitución para poder aceptar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Estimó este tribunal que el ECPI contradecía el principio de soberanía estatal mediante la inclusión de instituciones como el desconocimiento de las amnistías y los indultos; la improcedencia del cargo oficial; la potestad del fiscal de llevar a cabo investigaciones en el territorio del país. (GUZMÁN, José Luis. Caso Chile. En: AMBOS, MALARINO, WOISHCNIK (editores). Dificultades Jurídicas y Políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma, Bogotá: Temis. 2007. p. 172).

²⁶⁴ República de Chile, Congreso Nacional. Ley 20352 de 2009. Reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, p.1.

²⁶⁵ Ibídem. Exposición de motivos.

una reforma a su ley penal interna²⁶⁶ en la que introdujo las categorías de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad²⁶⁷.

2.1.6. El Ecuador suscribió el Estatuto de Roma el 7 de octubre de 1998 y lo ratificó el 5 de febrero de 2002, convirtiéndose en el Estado Parte número 52²⁶⁸, luego de que el tribunal constitucional declarara el tratado ajustado a la Constitución²⁶⁹. Aprobó el 26 de septiembre de 2002 el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional y lo ratificó el 19 de abril de 2006. A su vez, rechazó públicamente el Acuerdo Bilateral de Inmunidades promovido por los Estados Unidos.

Este Estado no cuenta en la actualidad con una ley de implementación del Tratado de Roma. En alguna oportunidad se presentó un proyecto de ley contentivo de una regulación bastante minuciosa y apegada al ECPI, impulsado por una organización no gubernamental,²⁷⁰ el cual no logró desarrollar su tránsito en el Congreso. Se trataba de una ambiciosa iniciativa, que incorporaba y complementaba los tipos penales del ECPI, e introducía algunas variables de adecuación al sistema penal ecuatoriano, a la vez que realizaba una minuciosa regulación de los mecanismos para facilitar todas las formas de cooperación con la CPI.

Algún sector de la doctrina de ese país, no ha contribuido a la ambientación de una opción de implementación, comoquiera que ha estimado que no es *“necesaria la expedición de una ley que establezca la forma de colaboración del Estado ecuatoriano, ya que insistimos, debe respetarse la independencia de la función judicial, que no puede ser intervenida camufladamente vía diplomática por la Función Ejecutiva”*.²⁷¹

²⁶⁶ República de Costa Rica, Asamblea Legislativa, “Ley sobre represión penal como castigo por los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad. No. 8272 de mayo de 2002”.

²⁶⁷ Artículos 378 y 379 del Código Penal reformado por la Ley 8272 de 2002.

²⁶⁸ HERENCIA CARRASCO, Salvador. Caso Ecuador. En: AMBOS, MALARINO, WOISHCNIK (editores). Dificultades Jurídicas y Políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma, Bogotá: Temis, 2007. p. 242.

²⁶⁹ Resolución No. 038-2001 del 22 de febrero de 2001.

²⁷⁰ INREDH, Proyecto de Ley sobre delitos contra la humanidad. En línea [<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FA426FF2-3921-49FA-8A5E-A29A1E299595/257740/381752.PDF>]. Consultado el 29 de julio de 2012.

²⁷¹ VERGARA ACOSTA, Bolívar. El Ecuador y la implementación del Estatuto de Roma en el Derecho Interno, y otras cuestiones de Derecho Penal Internacional. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Guayaquil. Consultada el 5 de julio

El Gobierno ecuatoriano, tampoco parece considerar necesaria la expedición de una ley de implementación del ECPI en su sistema de justicia, toda vez que en el discurso de su representante en la IX Asamblea de Estados Partes llevada a cabo el 6 de diciembre de 2010, se sostuvo que *“La complementariedad entendida como la cooperación entre la Corte y los Estados Partes para combatir la impunidad es bienvenida por mi Gobierno y reafirmamos nuestro compromiso en este sentido; sin embargo reiteramos que junto a la obligación de todos los estados de ejercer su jurisdicción en materia penal contra aquellos que cometan crímenes incluidos en el artículo 5 del Estatuto de Roma, está la obligación de la comunidad internacional de observar rigurosamente la soberanía nacional de todos los Estados”*²⁷².

Sobre los “esfuerzos que realiza el Gobierno Nacional para adecuar la legislación nacional a las disposiciones del Estatuto de Roma”, el representante de este Estado exaltó en la misma oportunidad que el *“Ecuador ha incorporado ya a su legislación interna varios tipos penales relacionados con los crímenes que se encuentran sometidos a la jurisdicción de la Corte”*. Para sustentar su afirmación menciona el artículo 165 que contempla el tipo penal de la “amenaza antiterrorista”; el 167 que define la conducta de “actos violentos para impedir el ejercicio de derechos políticos”; el artículo 181 sobre “confinamiento ilegal” cometido por autoridad pública; y el 183, sobre “arresto arbitrario”²⁷³. Se trata de delitos que provienen del Código Penal de 1971, con algunas modificaciones en el 2002. Estas normas, claramente no incorporan una labor de implementación sustancial del ECPI en el orden interno de este Estado.

2.1.7. México firmó el Estatuto de Roma el 7 de septiembre de 2000 y lo ratificó el 28 de octubre de 2005, convirtiéndose en el Estado Parte número 100²⁷⁴. Así mismo, depositó su instrumento de adhesión al Acuerdo sobre los

de 2010, en
[http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=121&Itemid=65].

²⁷² Coalición por la Corte Penal Internacional. En: <http://www.iccnw.org/?mod=country&iduct=51&lang=es>. Consultada en julio 10 de 2011.

²⁷³ Ibídem.

²⁷⁴ Secretaría de Relaciones Exteriores. México y la Corte Penal Internacional. Boletín informativo para las Organizaciones de la Sociedad Civil 2009. En línea http://participacionsocial.sre.gob.mx/docs/ligas_de_interes/publicaciones/cpi/boletin01_cpiosc.pdf. Consultado el 27 de Julio de 2011.

Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional (APIC) el 26 de septiembre de 2007, y rechazó públicamente los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad, promovidos por los Estados Unidos²⁷⁵.

Previamente a la ratificación del Tratado de Roma el Estado Mexicano tramitó una reforma al artículo 21 de la Constitución Política, para insertar un párrafo de autorización conforme al cual *“el Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.”*²⁷⁶

Esta cláusula ha sido objeto de múltiples y fundadas críticas al considerar que *“más bien, se habría introducido en la propia Constitución una válvula de escape de valoración política al sistema de la CPI. Sin embargo, la incorporación de una cláusula de este tipo no sería posible en el instrumento de ratificación, dado que el ECPI no admite reservas (artículo 120)”*²⁷⁷.

En el año 2006, el Gobierno del Presidente Vicente Fox Quesada, presentó a la Cámara de Senadores una iniciativa de decreto mediante la cual se *“expide la Ley Reglamentaria del Párrafo Quinto del Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y adiciona la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.”*²⁷⁸ Esta propuesta incluía tanto el ámbito sustantivo como procesal de la cooperación con la Corte Penal internacional.

²⁷⁵ En Julio de 2005, el canciller mexicano Luís Ernesto Derbez rechazó abiertamente la solicitud formal que los Estados Unidos cursara al Gobierno mexicano para suscribir un acuerdo bilateral para otorgar inmunidad a sus ciudadanos y evitar así la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad, también denominados “acuerdos del artículo 98”, acuerdos de impunidad o acuerdos de no entrega”, son convenios propuestos por los Estados Unidos a los Estados Partes y No partes, de la Corte, con el propósito de que no sean entregados a la Corte Penal Internacional funcionarios del Gobierno estadounidense, incluyendo tanto a ciudadanos de ese país, como a contratistas de otra nacionalidad que trabajen para el Gobierno de los Estados Unidos.

²⁷⁶ Constitución Política de los Estados Mexicanos. En línea <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>]. Consultado el 27 de Julio de 2011.

²⁷⁷ MALARINO Ezequiel. Evaluación comparativa. Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma a la luz de la experiencia latinoamericana. En: AMBOS, MALARINO y WOISCHNIK. Dificultades jurídicas y políticas para la Ratificación o Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Bogotá: Temis, KAS. 2007, p. 504.

²⁷⁸ SANTOS VILLARREAL, Gabriel Mario. Corte Penal Internacional, Congreso de la Unión Mexicana, Comisión de Investigación. En línea [<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-10-10.pdf>]. Consultado el 12 de Junio de 2011, p. 12-13.

No obstante, este proyecto no ha culminado su trámite legislativo. Actualmente se encuentra en curso, así: *“el 15 de diciembre de 2009 el Pleno del Senado aprobó el dictamen correspondiente ubicando en el párrafo 8° de la Constitución el motivo de la iniciativa. Así, envió a Colegisladora la Minuta con proyecto de decreto, que expide la “Ley Reglamentaria del Párrafo Octavo del Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y adiciona la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación”. Enviada por la Cámara de Senadores, se recibió por el pleno de la Cámara de Diputados la minuta correspondiente el 2 de febrero de 2010 y fue turnada inmediatamente a la Comisión de Justicia para su estudio y dictamen”*²⁷⁹.

Paralelamente algunos Estados mexicanos han introducido en sus sistemas penales los tipos penales consignados en el artículo 5° del Estatuto de Roma, tal es el caso de Chihuahua, Estado que modificó su código penal estatal incluyendo los delitos de lesa humanidad. De este modo, reiteró los elementos contextuales del crimen referido, como son la sistematicidad y la generalidad. Al mismo tiempo, transcribió las conductas individuales constitutivas de los crímenes de lesa humanidad, haciendo expresa referencia al artículo 7 del ER²⁸⁰.

Durante la Conferencia de Revisión de Kampala (2010), México se comprometió a presentar una propuesta legislativa de enmienda a su normatividad penal interna en el primer trimestre del 2011, para cristalizar el proceso de implementación del Estatuto de Roma²⁸¹.

2.1.8. El Estado peruano suscribió el Estatuto de Roma el 7 de diciembre de 2000 y lo ratificó el 10 de noviembre de 2001, convirtiéndose en el Estado Parte número 44²⁸². El 10 de septiembre de 2002 firmó el Acuerdo de Privilegios e Inmunities de la Corte Penal Internacional, y rechazó públicamente el Acuerdo Bilateral de Inmunidad, promovido por los Estados Unidos. El legislador peruano ha realizado algunos intentos de

²⁷⁹ *Ibidem* p. 20

²⁸⁰ *Ibidem* p. 21.

²⁸¹ Coalición por la Corte Penal Internacional. [En: http://www.iccnw.org/?mod=country&iduct=51&lang=es](http://www.iccnw.org/?mod=country&iduct=51&lang=es). (Mayo 19 de 2013).

²⁸² Coalición por la Corte Penal Internacional. [En: http://www.iccnw.org/?mod=country&iduct=51&lang=es](http://www.iccnw.org/?mod=country&iduct=51&lang=es). Consultada en mayo 19 de 2013.

implementación sustantiva del Estatuto de Roma en su derecho interno, sin que dichas iniciativas se hubieran cristalizado en una ley de la República. En lo que tiene que ver con la implementación procesal, en el año 2004 aprovechando la expedición de un Nuevo Código de Procedimiento Penal a través del Decreto Legislativo 957 de 2004, introdujo en este estatuto un aparte (El Libro VII) en el que establece reglas sobre *“La cooperación Judicial Internacional”*²⁸³, aplicables a las relaciones de las autoridades peruanas, con autoridades extranjeras y con la Corte Penal Internacional²⁸⁴.

2.1.9. Uruguay firmó el Estatuto de Roma el 19 de noviembre de 2000 y lo ratificó el 28 de junio de 2002, convirtiéndose en el Estado Parte número 72²⁸⁵. Ratificó el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional el 1° de noviembre de 2006, y se abstuvo de suscribir un Acuerdo Bilateral de Inmunidad con los Estados Unidos. El 11 de octubre de 2006, entró en vigor en la República uruguaya la Ley 18.026²⁸⁶ mediante la cual implementó el ECPI en el orden jurídico interno, incluyendo en esta regulación provisiones orientadas a una adecuación sustantiva y procesal del derecho nacional.

2.1.10. Venezuela firmó el Estatuto de Roma el 14 de octubre de 1998 y lo ratificó el 7 de junio de 2000, convirtiéndose en el Estado Parte número 11. La ley aprobatoria del tratado consta de un artículo único en el que se establece que *“Se aprueba en todas sus partes y para que surta efectos internacionales en cuanto a Venezuela se refiere, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [...]”*²⁸⁷. Este Estado no ha suscrito el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, ni ha

²⁸³ Este título de la ley procedimental peruana, entró en vigor a partir del 1° de febrero de 2006.

²⁸⁴ La regulación peruana sobre cooperación judicial con autoridades extranjeras u órganos internacionales, es general para toda forma de cooperación estatal y con organismos internacionales (Título VII). No obstante en la Sección VII, contempla unas reglas específicas respecto de la cooperación con la Corte Penal Internacional.

²⁸⁵ Coalición por la Corte Penal Internacional. En: <http://www.iccnw.org/?mod=country&iduct=51&lang=es>. (Mayo 19 de 2013).

²⁸⁶ República de Uruguay. Congreso de la República. Ley No. 18.026 de Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de Lucha contra el Genocidio, los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. Diario Oficial No.27091, 4 de octubre de 2006.

²⁸⁷ SAN MIGUEL, Rocío. Venezuela. En: AMBOS, Malarino, Woishcnik (editores), Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación e implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Montevideo: Fundación Konrad- Adenauer, 2006, p. 449.

aceptado un Acuerdo Bilateral de Inmunidad con Estados Unidos. Tampoco ha expedido ley de implementación del tratado en el orden interno.

2.2. La política de oposición, a la Corte Penal Internacional, implementada por los Estados Unidos

La política desarrollada e implementada por los Estados Unidos para realizar una oposición frontal a la Corte Penal Internacional, suministra importantes elementos para un diagnóstico más completo sobre la posición política, y el grado de aceptación de los Estados del continente americano de una opción de justicia penal internacional independiente, respetable y duradera. La posición de este Estado tiene relevancia no solamente por lo que significa como postura propia respecto de la jurisdicción de la Corte, sino por lo que evidencia la decisión de los Estados Partes de la CPI que suscribieron el tratado multilateral, y también los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad, mediante los cuales se torpedeaba la labor del tribunal internacional, ubicándose así en una posición contradictoria y ambigua.

Aunque los Estados Unidos participó activamente en las discusiones de la Conferencia de Plenipotenciarios que dio lugar al tratado multilateral que estableció la Corte Penal Internacional, desde entonces ya dejó ver sus prevenciones, que con el tiempo se transformaron en una verdadera hostilidad hacia el control que implicaría para todos los Estados Partes, y aún para los no partes, la institucionalización de una justicia penal de signo global, como la que se configuró en el mencionado instrumento.

Las principales discrepancias que manifestó contra la creación del tribunal penal internacional, se relacionaron con la fuerte afectación que, según su criterio, éste ocasionaría en el papel protagónico del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de mantener la paz y la seguridad mundiales. Adujo así mismo, el Gobierno estadounidense que el Tratado de Roma generaría obligaciones para terceros Estados²⁸⁸, y, adicionalmente que la CPI contaría con unos jueces y un fiscal dotados de poderes exorbitantes, que serían ejercidos sin ninguna supervisión. El fiscal no respondería ante ninguna otra

²⁸⁸ HARRIS, W.R.: "Should the United States Ratify the Treaty Establishing the International Criminal Court? Inaugural Debate, International Debate Series Paper, n° 1, 2002. (Citado por QUESADA, Carmen, op cit. p. 435).

instancia, excepto la misma Corte, de modo que en ausencia de un poder externo de supervisión, no existiría la necesaria salvaguardia frente a eventuales procesos politizados y/o abusos de poder en que pudiera incurrir²⁸⁹.

Durante la Conferencia de Plenipotenciarios, Estados Unidos defendió una propuesta de someter a control político las actividades de la CPI, a través de un mecanismo que sujetara a aprobación previa del Consejo de Seguridad de la ONU las actuaciones de la Corte; en particular, de aquellas que vincularan en investigaciones o enjuiciamientos a ciudadanos estadounidenses. Esta iniciativa no fue aceptada. Por ello, al finalizar el segundo mandato del presidente W.J. Clinton, luego de la firma del tratado, evento éste que se produjo el 31 de diciembre de 2001, Estados Unidos aún mantuvo sus discrepancias con la Corte, por lo que recomendó no ratificar el Estatuto hasta que las preocupaciones de ese país fueran disipadas²⁹⁰.

El siguiente Gobierno estadounidense (G.W. Bush) declaró mediante carta dirigida al Secretario General de la ONU, quien cumplía la función de depositario del instrumento, la intención de los Estados Unidos de no formar parte del Estatuto de Roma, por lo que reafirmó que no tenía obligaciones legales derivadas de la firma del tratado²⁹¹.

Desde entonces, los Estados Unidos ha desarrollado una política de obstrucción a la Corte Penal Internacional a través de diferentes mecanismos. El primero de ellos, el impulso de la resolución 1422 de julio de 2002, renovada mediante la 1487 de junio 2003, expedidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estos actos otorgaban inmunidad, por un período renovable de 12 meses, al personal de Estados que no son Parte del Estatuto de Roma, involucrados en las misiones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas.

Siguiendo esta línea de acción, en agosto de 2002, en consideración a que los Estados Unidos tenían operaciones militares en más de 100 países en

²⁸⁹ En línea, www.state.gov/t/pm/rls/fs/23428.htm (20 de octubre de 2011).

²⁹⁰ MURPHY, Sean D. U.S.. Bilateral agreements relating to ICC. En: American Journal of International Law. Vol. 97, n° 01, Enero de 2003, pp. 569.

²⁹¹ MURPHY, Sean D. Efforts to obtain immunity from ICC for U.S. peacekeepers. En: The American Journal of International Law, Vol. 96, No. 03, Julio 2002, p. 727.

todo el mundo, la administración Bush promulgó el *American Servicemembers' Protection Act*, o *Ley de Protección al Personal Estadounidense (ASPA)*, en el que explícitamente se consigna la oposición de este país a la Corte Penal Internacional, al señalar que “*un tratado internacional no puede crear obligaciones en un Estado no parte, por lo que los Estados Unidos se oponen a cualquier jurisdicción de la Corte respecto de sus nacionales*”²⁹².

En la mencionada ley se sujeta la participación de tropas estadounidenses en operaciones de paz, al cumplimiento de una de las siguientes condiciones: (i) la garantía del Consejo de Seguridad de otorgar inmunidad a tropas estadounidenses; (ii) que la CPI no ejerza jurisdicción en los territorios en donde las misiones tienen lugar; (iii) que exista algún tipo de acuerdo relacionado con el artículo 98 del Estatuto de Roma en el país donde tiene lugar la operación²⁹³.

Adicionalmente, este acto, establece una cláusula en la que autoriza al presidente de los Estados Unidos a usar todos los medios necesarios y apropiados para liberar a algún ciudadano estadounidense detenido por una orden de la Corte Penal Internacional.

En desarrollo de esta política, durante los años 2002 a 2005, Estados Unidos desplegó una intensa campaña diplomática orientada a establecer una red de oposición a la CPI, que se ha concretado en la firma de más de un centenar de Acuerdos Bilaterales de Inmunidad²⁹⁴ (ABI), con Estados Partes y No partes del Tratado de Roma, especialmente con países que reciben

²⁹² “*The United States will not recognize the jurisdiction of the International Criminal Court over United States nationals. It is a fundamental principle of international law that a treaty is binding upon its parties only, and that it does not create obligations for non parties without their consent to be bound. The United States is not a party to the Rome Statute and will not be bound by any of its terms*”. (American Servicemembers' Protection Act, Sección 2002, punto 11. En, <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/f?c107:1:/temp/~c107bpxvbp:el4937> (Mayo 26 de 2013).

²⁹³ American Servicemembers' Protection Act, Sección 2005; Restrictions, on United States Participating in certain United Nations peacekeeping operations of the American Servicemembers' Act. En, <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/f?c107:1:/temp/~c107bpxvbp:el4937> (Mayo 26 de 2013).

²⁹⁴ Al 1° de Agosto de 2004, el Departamento de Estado de los Estados Unidos, reportó la firma y ratificación de acuerdos de inmunidad por 80 Estados. El 3 de mayo de 2005, el mismo departamento informó de 100 Estados que habían firmado o ratificado un acuerdo de esta naturaleza con EEUU. Según Human Rights Watch, para julio de 2002, los acuerdos suscritos por Estados Unidos ascendía a 105 (Human Rights Watch: United States Efforts to Undermine the International Criminal Court: Article 98(2) Agreements, 9 de julio de 2002, p.2).

ayuda militar de ese Estado. El soporte normativo que se invoca en estos tratados es el artículo 98.2²⁹⁵ ECPI²⁹⁶.

Sin embargo, los denominados ABI no se encuentran amparados por la norma en mención, toda vez que esta fue concebida para abordar la interacción de dos tratados, el tratado de Roma y una categoría de tratados existente con anterioridad al momento de entrada en vigor del ECPI²⁹⁷. En efecto, el artículo 98.2 del ECPI se inspira en los denominados Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas (CEF) o “*Status of Forces Agreements (SOFA)*”²⁹⁸, que definen el estatuto de las tropas extranjeras enviadas a un Estado, en el marco de los sistemas internacionales de cooperación militar, y en todo caso, a los ya existentes y vigentes en el momento de entrada en

²⁹⁵ Según esta norma: “2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”. El artículo 98.2 fue impulsado por Estados Unidos en los debates que se llevaron a cabo en la Conferencia de Roma, toda vez que tenían la tipificación en el ECPI de actos negligentes con resultado de muertes cometidas por miembros de las mencionadas fuerzas. (GURULE, J.K.: *United Oposition to the 1998 Rome Statute Establishing and International Criminal Court: Is the Court’s Jurisdiction Truly complementary to National Criminal Jurisdiction*. C.I.L.J., Vol. 35, n° 1200, pp. 1-44. En especial pp. 1-18. (Citado por QUESADA Carmen, op cit, p. 429).

²⁹⁶ Durante la Comisión Preparatoria Estados Unidos no logró que se aprobaran dos propuestas para ampliar las posibilidades de interpretación del alcance del artículo 98.2. La primera de ellas, tuvo que ver con la configuración del artículo 195.2 de las Reglas de Procedimiento y Pruebas, de tal manera que facultara a la CPI para la celebración de acuerdos que impidieran la entrega a la misma de ciudadanos de Estados no parte. Esta regla hace referencia al artículo 98.2, estableciendo que la CPI no dará curso a una solicitud de entrega sin el consentimiento del Estado que envía, si de acuerdo con dicha disposición, la solicitud fuera incompatible con las obligaciones que impone un acuerdo internacional según el cual se necesita el consentimiento del Estado que envía antes de entregar a la Corte a una persona de ese Estado. La segunda estuvo relacionada con el Acuerdo de Vinculación de la CPI con las Naciones Unidas, y pretendía que se condicionara al consentimiento del Estado No Parte, la entrega de uno de sus ciudadanos a la Corte. (KEITH HALL, Ch.: “The First Five Sessions of the UN Preparatory Comision for the International Criminal Court. A.J.I.L., n° 94, 2000, pp. 773-786. Citado por QUESADA C., op cit, p. 431).

²⁹⁷ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la Corte Penal Internacional: La resolución 1422 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y los Acuerdos Bilaterales celebrados por Estados Unidos. Nota para la R.E.D.I., Vol. LIV, n° 2 2002, pp. 999-1003.

²⁹⁸ Los *Status of Force Agreements*, son acuerdos en los cuales los Estados u organizaciones negocian derechos y deberes de los militares que asisten a un país anfitrión en operaciones militares como por ejemplo las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. Se regulan en este tipo de acuerdos, materias que corresponden a competencias penal, civil, entre otras, absteniéndose el país receptor de seguir procesos contra el personal del país emisor, pero acordándose que éste juzgue a sus nacionales. (VIGURIA, Carlos. *Acuerdos Bilaterales de Inmunidad firmados entre Estados Unidos y países miembros de la OEA*. Disponible en www.academia.edu/1826043. Consultado en mayo 25 de 2013).

vigor del Estatuto. Los nuevos acuerdos celebrados por Estados Partes en el Estatuto de Roma, habrán de adecuarse a este²⁹⁹.

De modo que ninguno de los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad (ABI) celebrados por Estados Unidos con Estados Partes y No partes, del Estatuto de Roma, se adecúa a los presupuestos y propósitos del artículo 98.2 de este instrumento³⁰⁰.

Para demostrar esta afirmación es preciso destacar algunas de las características de los denominados ABI, y contrastarlas con los acuerdos a que se refiere el artículo 98.2. Aquellos son acuerdos tipo, que presentan una estructura común, en los que se estipula que los nacionales de un Estado Parte en esos convenios, que se encuentren presentes en el territorio de otro Estado Parte del mismo acuerdo, no deben ser entregados a la CPI, sin el consentimiento del primer Estado Parte; tampoco podrán ser transferidos a otra entidad o a un tercer Estado, con el objeto de ser entregados a la Corte³⁰¹. Prevé así diversas modalidades de prohibición de la entrega, todas

²⁹⁹ QUESADA, ALCALÁ, Carmen. Op. cit. p. 430.

³⁰⁰ Human Rights Watch: United States Efforts to Undermine the International Criminal Court: Article 98(2) Agreements, 9 de Julio de 2002, p.2.

³⁰¹ Proposed Text of Article 98. Agreements with The United States, July 2002. "A. Reaffirming The importance of bringing to justice those who commit genocide, crimes against humanity and war crimes, B. Recalling that the Rome Statute of the International Criminal Court on July 17, 1998 by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court is intended to complement and not supplant national criminal jurisdiction, C. Considering that the Government of the United States of America has expressed its intention to investigate and to prosecute where appropriate acts within the jurisdiction of the International Criminal Court alleged to have been committed by its officials, employees, military personnel, or other nationals D. Bearing in mind Article 98 of the Rome Statute, E. Hereby agree as follows: 1. For purposes of this agreement, "persons" are current or former Government officials, employees (including contractors), or military personnel or nationals of one Party. 2. Persons of one Party present in the territory of the other shall not, absent the expressed consent of the first Party, (a) be surrendered or transferred by any means to the International Criminal Court for any purpose, or (b) be surrendered or transferred by any means to any other entity or third country, or expelled to a third country, for the purpose of surrender to or transfer to the International Criminal Court. 3. When the United States extradites, surrenders, or otherwise transfers a person of the other Party to a third country, the United States will not agree to the surrender or transfer of that person to the International Criminal Court by the third country, absent the expressed consent of the Government of X. 4. When the Government of X extradites, surrenders, or otherwise transfers a person of the United States of America to a third country, the Government of X will not agree to the surrender or transfer of that person to the International Criminal Court by a third country, absent the expressed consent of the Government of the United States. 5. This Agreement shall enter into force upon an exchange of notes confirming that each Party has completed the necessary domestic legal requirements to bring the Agreement into force. It will remain in force until one year after the date on which one Party notifies the

ellas orientadas a impedir que sea el Estado receptor quien determine qué tribunales enjuiciarán los crímenes cometidos en su territorio por nacionales estadounidenses.

Cabe destacar que el alcance subjetivo de estos acuerdos es muy amplio, en tanto que cobijan a una gran variedad de individuos, y no solamente a personas que presten sus servicios en Operaciones de Mantenimiento de la Paz de la ONU³⁰². Se extiende, desde luego a los actuales miembros de las Fuerzas Armadas y a los civiles vinculados a las mismas, que sean nacionales del Estado que envía y estén presentes en el Estado receptor, pero también a individuos en tránsito en los Estados Unidos o en el tercer Estado, y a personas que realicen actividades particulares en los Estados Unidos o en el tercer Estado. No obstante, los acuerdos tienen la pretensión fundamental de sustraer de la jurisdicción de la Corte a cualquier ciudadano estadounidense, sin limitarse siquiera a los que desempeñan un cargo oficial en el extranjero, en clara contradicción con el artículo 98.2 que hace referencia al “*Estado que envía,*” en inequívoca alusión al carácter oficial de las personas a que alude dicho precepto³⁰³.

La firma de estos Acuerdos Bilaterales representa una auténtica amenaza para la consolidación del modelo de justicia establecido en el ECPI, y los avances en los objetivos allí consignados como el de constituir un frente común para enfrentar la situación de impunidad respecto de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. Los mencionados acuerdos conspiran contra el objeto y fin del tratado que creó la Corte Penal Internacional, comoquiera que pretenden establecer reglas jurisdiccionales distintas a las contempladas en el ECPI, en el marco de los principios de complementariedad y cooperación; no se adecúan al tipo de acuerdo a que

other of its intent to terminate this Agreement. The provisions of this Agreement shall continue to apply with respect to any act occurring, or any allegation arising, before the effective date of Termination”. (Texto de un acuerdo estándar de inmunidad. Disponible: [En www.iccnw.org](http://www.iccnw.org). Tomado en Junio 5 de 2013).

³⁰² El alcance subjetivo de estos acuerdos va, incluso, más allá de la protección ofrecida por las Resoluciones 1422 y 1487 del Consejo de Seguridad, comoquiera que la categoría de personas protegidas engloba no solamente a los funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea Parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes en relación con operaciones establecidas o autorizadas por Naciones Unidas, sino también a empleados y contratistas civiles, sin consideración a la nacionalidad y a si la persona es ciudadana de un Estado Parte o No parte del Estatuto de Roma. (En este sentido QUESADA ALCALÁ, C. op. cit. p. 434).

³⁰³ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva..., p. 1002.

se refiere el artículo 98.2 del ECPI establecidos para regular la relación entre las obligaciones de los Estados Partes conforme al Estatuto de Roma, y otras obligaciones derivadas del derecho internacional consuetudinario y convencional; son contrarios así mismo, al artículo 27 del ECPI que establece la inoponibilidad de la inmunidad derivada del cargo oficial, frente a la competencia de la Corte.

La campaña desarrollada por los Estados Unidos en el continente americano ha dado lugar a la suscripción de los ABI por varios Estados Partes (Antigua y Barbuda, Belice, Bolivia, Colombia, Dominica, Guyana, Honduras, República Dominicana y Panamá); y No partes (El Salvador, Grenada, Haití, Nicaragua, San Kitts y Nevis) del Estatuto de Roma³⁰⁴.

De los mencionados Estados firmantes de los ABI, solo 5 los han ratificado (Guyana, Honduras, Panamá, El Salvador y Nicaragua), en tanto que 2 (Antigua y Barbuda, y Colombia) los han reportado como acuerdos ejecutivos no sujetos a ratificación.

Cabe resaltar que a nivel global 54 países han rechazado públicamente la firma de los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad impulsados por los Estados Unidos, entre ellos Brasil, México, Costa Rica, Ecuador, Perú, Trinidad y Tobago³⁰⁵.

Todos los Estados del continente americano, suscriptores de los ABI, al igual que los Estados Unidos forman parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En el seno de esta organización EE.UU. ha hecho explícita su oposición a la Corte Penal Internacional, a la vez que ha manifestado sus reservas a las resoluciones que el organismo interamericano ha emitido a favor de la promoción de la Corte Penal Internacional, señalando que no apoya *“el uso del presupuesto ordinario de la OEA para financiar actividades de cooperación o cualquier otro tipo de apoyo que se brinde a la CPI, incluso si ello se realiza de conformidad con un acuerdo de cooperación entre la OEA y la Corte. Estados Unidos entiende*

³⁰⁴ Coalición por la Corte Penal Internacional. Estado de los Acuerdos Bilaterales (ABI). En línea <http://www.iccnw.org> (Junio 12 de 2013).

³⁰⁵ *Ibíd.*

*que cualquier apoyo procederá solamente de las contribuciones a los fondos específicos*³⁰⁶.

La suscripción de los ABI por los Estados Partes del Estatuto de Roma, coloca a estos países en una posición ambigua y les genera dificultades en sus relaciones con la Corte Penal Internacional, toda vez que, por virtud del artículo 86 del ECPI han adquirido la obligación internacional de cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y enjuiciamiento de crímenes de su competencia, (lo cual incluye la entrega); y de otra parte, de conformidad con el acuerdo de inmunidad suscrito, se comprometen a no entregar a la Corte a individuos cobijados por dicho acuerdo. No obstante, teniendo en cuenta que, como ya se indicó, los ABI no están amparados por el artículo 98.2 del Estatuto de Roma, comoquiera que este se refiere a los denominados Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas (CEF), preexistentes al Tratado de Roma, los Estados Partes se verán enfrentados a cumplir con la obligación general de cooperar. Corresponderá a la Corte en su oportunidad, pronunciarse sobre la oponibilidad de estos acuerdos (ABI) a la jurisdicción que le otorga el ECPI.

2.3. Las formas de implementación adoptadas en el continente americano

En la implementación desarrollada para dar cumplimiento a las obligaciones surgidas del principio de complementariedad en su dimensión sustantiva, se identifican varias de las técnicas mencionadas. Así, acudieron a la remisión al tratado respecto de la tipificación de los crímenes internacionales Argentina, Canadá y Costa Rica; a la creación de normas propias, tomando como referente los preceptos internacionales Chile; Uruguay y Perú ajustaron sus sistemas normativos internos únicamente para posibilitar la cooperación.

La gran mayoría de los Estados han optado, hasta ahora, por la no implementación, ya sea porque confían en que sus sistemas de justicia resultan adecuados para enfrentar los retos de la complementariedad (Ecuador y Bolivia); porque no existe un ambiente político interno favorable a

³⁰⁶ Asamblea General de Estados, OEA, No. 23279 (XXXVII-0/07) del 05 de junio de 2007. Citado por VIGURIA, Carlos. Acuerdos Bilaterales de Inmunidad celebrados entre EUA y países miembros de la OEA. Disponible en www.academia.edu/1826043 (Mayo 25 de 2013).

las implicaciones de un modelo de justicia internacional basado en la complementariedad; o porque han sido permeados por presiones externas como las derivadas de la suscripción de acuerdos en el marco de la política de oposición a la Corte Penal Internacional (ABI).

2.4. La dimensión sustantiva de la implementación

2.4.1. La tipificación de los crímenes que conforman la competencia de la Corte Penal Internacional

La función armonizadora del derecho penal internacional que se atribuye al principio de complementariedad cobra particular relevancia en la labor legislativa orientada a tipificar los crímenes internacionales en el sistema normativo interno, comoquiera que a través de ésta los Estados se colocan en capacidad de afirmar su competencia prevalente en materia de crímenes internacionales. La expectativa armonizadora se fundamenta en el hecho de que el parámetro de tipificación serán los preceptos del ECPI (Arts. 5 a 8), y las convenciones internacionales de derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario, con amplia aceptación en la comunidad internacional.

El efecto armonizador esperado no implica necesariamente una trasposición fiel de los preceptos internacionales al derecho nacional, comoquiera que éste apunta a la *adecuación* del sistema normativo local a las exigencias de la complementariedad, para lo cual es preciso tomar en cuenta las especificidades del sistema constitucional, así como las necesidades propias de política criminal local. La incorporación fiel de los tipos penales podría generar dificultades frente a principios constitucionales, como por ejemplo el principio de legalidad estricta, dada la influencia en la configuración de algunos tipos penales del ECPI del derecho anglosajón. Y de otra parte, podría generar un déficit de protección, si no se prevén diferentes estándares de gravedad, o una técnica de sistematización en virtud de la cual aquellos crímenes menos exacerbados, y con un más bajo umbral de gravedad, siempre deben ser investigados y juzgados por los tribunales nacionales.

Desde el punto de vista político, la tipificación en el orden jurídico interno de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional es quizá la más

inequívoca muestra que pueda ofrecer un Estado Parte respecto de su auténtica disposición jurídica de asumir las implicaciones propias del principio de complementariedad.

2.4.1.1. Sobre la manera como se ha acometido esta labor en los países del continente americano que han desarrollado labores legislativas de implementación, se observa que Argentina por ejemplo, acudió a la fórmula de remisión al ECPI, toda vez que en su artículo 2° estableció que *“las conductas descritas en los artículos 6^o³⁰⁷, 7^o³⁰⁸, 8^o³⁰⁹, 9^o³¹⁰ y 70³¹¹ del Estatuto de Roma y todos aquellos crímenes que en lo sucesivo sean competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República de Argentina en la forma que esta ley lo prevé”*. No obstante, introdujo un elemento de especificidad en cuanto previó una salvaguardia a principios constitucionales estatales, al señalar que ninguno de los crímenes previstos en el ECPI puede ser aplicado con violación del principio de legalidad³¹². De manera complementaria, estableció unos rangos punitivos de entre 5 y 25 años para el genocidio³¹³; y de entre 3 y 25 años para los crímenes de lesa humanidad y de guerra; contemplando incluso la posibilidad de aplicar la pena de reclusión a perpetuidad, si ocurriere la muerte de la víctima³¹⁴.

2.4.1.2. En relación con este mismo aspecto de la implementación, Canadá³¹⁵, mediante la *“Ley contra crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra”* introdujo en el derecho interno los tipos de genocidio, lesa

³⁰⁷ Genocidio.

³⁰⁸ Crímenes de lesa humanidad.

³⁰⁹ Crímenes de guerra.

³¹⁰ Esta norma hace referencia al documento de *“Los elementos de los crímenes”* aprobado por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma, primer período de sesiones, Nueva York, 3 al 10 de septiembre de 2002. Contiene la descripción sistemática de los elementos normativos de cada uno de las tipologías delictivas que integran las tres grandes categorías de crímenes que se encuentran actualmente en vigor (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra).

³¹¹ Los delitos contra la administración de justicia de la Corte.

³¹² Artículo 13 de la Ley 26.2007 de 2007.

³¹³ Artículo 8° de la Ley 26.200 de 2007 de la República Argentina.

³¹⁴ Artículos 9° y 10° ibídem.

³¹⁵ Republic of Canada, Justice, Courts and Judiciary, Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000, c.24 An Act respecting genocide, crimes against humanity and war crimes and to implement the Rome Statute of the International Criminal Court, and to make consequential amendments to other Acts. En línea [<http://laws.justice.gc.ca/en/C-45.9/text.html>]. Consultado el 20 de Julio de 2012. Esta ley se encuentra en inglés por lo que la referencias que de ella se insertan, corresponden a traducción de la autora.

humanidad y de guerra, tomando para su configuración elementos del derecho internacional convencional y consuetudinario, invocando así como fuente los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad de naciones, sean o no constitutivos de violación a la ley vigente en el momento y lugar de su comisión³¹⁶. Alternativa en la que se advierte claramente la influencia de la tradición jurídica anglosajona en su sistema interno.

Siguiendo esta línea, los crímenes fueron tipificados con una textura abierta y valiéndose de remisiones al derecho internacional. En este sentido, el crimen de genocidio se estructuró como *“un acto u omisión cometido con la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo identificable de personas, como tal”*³¹⁷. En cuanto a las modalidades a través de las cuales se realiza este crimen, no fueron taxativamente señaladas, sino que se optó por una referencia universal a aquellas expresiones que el derecho internacional y los principios reconocidos por la comunidad de naciones, consideran como genocidio.

Similar técnica se aplicó respecto de los crímenes de lesa humanidad y de guerra. Sobre los primeros se dispuso la remisión al derecho internacional convencional y a los principios generales de derecho de la comunidad de naciones, en lo que concierne al componente contextual o global del crimen. Enuncia algunas de las modalidades de este crimen tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la violencia sexual, la persecución o cualquier otro acto inhumano, u omisión que se haya cometido contra una población civil, o cualquier otro grupo identificable³¹⁸.

En cuanto a los crímenes de guerra consideró tal, una conducta acaecida en el marco de un conflicto armado, que se encuentre proscrita conforme al derecho internacional consuetudinario, aplicable a los conflictos armados. Consecuente con esta alternativa de tipificación incluyó una cláusula conforme a la cual, la configuración de los tipos penales establecidos en el

³¹⁶ República de Canadá. Ministerio de Justicia. Ley contra los crímenes de lesa humanidad y de guerra. Secciones 4 y 6. En <http://laws-lois.justice.gc.ca/> (Junio10 de 2012).

³¹⁷ *Ibidem*, Artículo 282.

³¹⁸ *Ibidem*.

Estatuto de Roma, no excluye la aplicación del derecho internacional consuetudinario, ni el futuro desarrollo del mismo³¹⁹.

Complementariamente se estableció un régimen de penas que oscila entre los 2 años de prisión³²⁰ y la reclusión a perpetuidad. Esta última aplica para los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra, previendo la posibilidad de la libertad condicional una vez transcurridos 25 años de condena, en algunos eventos, y 10 en otros, dependiendo de la intensidad de la planificación y del elemento subjetivo³²¹.

Los delitos contra la administración de justicia de la Corte, cometidos dentro y fuera del territorio canadiense son objeto de una minuciosa regulación, desarrollando el marco establecido en el artículo 70 del ECPI³²².

2.4.1.3. La Ley 20.357 de 2009, expedida por el parlamento chileno tipificó los crímenes de genocidio³²³, de lesa humanidad y de guerra. En la configuración de estos tipos se distanció en algunos aspectos de las descripciones previstas en el ECPI y otros tratados internacionales que regulan estas materias, e introdujo su propia definición de los contextos en los que se desarrollan algunos de estos crímenes: el ataque sistemático y generalizado en materia de crímenes de lesa humanidad³²⁴, y el conflicto

³¹⁹ *Ibíd*em, sección 4.

³²⁰ Este rango más bajo está previsto para delitos como la posesión y transacción de bienes producto de los delitos de genocidio, lesa humanidad y guerra fuera de Canadá. Si esas mismas conductas se realizan en el territorio canadiense la pena será no mayor de 10 años de prisión.

³²¹ En los delitos de genocidio, lesa humanidad y guerra, cuando el acto individual de asesinato que sirve de base al delito es intencional, pero no planeado, ni deliberado, el derecho a la libertad condicional se obtiene a los 10 años de tiempo de condena; igual rango se aplica cuando el acto individual de asesinato que sirve de base al delito de genocidio, lesa humanidad o guerra, es culposo. En los eventos en que ese acto individual de asesinato intencional, deliberado o planeado, el rango para acceder a la libertad condicional es de 25 años.

³²² *Ibíd*em secciones 16 a 26.

³²³ Respecto de las modalidades de este delito, contempla una regulación muy similar a la del ECPI y la Convención para Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. No obstante, introduce una modalidad culposa referida a todas las hipótesis delictivas, lo que parece desnaturalizar un delito que reclama un dolo intenso, comoquiera que además del dolo general exige el específico inserto en el elemento "*el propósito de exterminio*".

³²⁴ La Ley 20.357 definió el contexto o hecho global del crimen de lesa humanidad intentando precisar sus rasgos característicos. En este sentido, preceptuó que se entenderá por "*ataque generalizado*" un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas; y por "*ataque sistemático*" una serie de actos sucesivos que se extienden por cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas. Como se puede advertir esta conceptualización no se alinea con los parámetros que han sido decantados por la doctrina, la jurisprudencia internacional, conforme a los cuales el carácter

armado para efectos del crimen de guerra³²⁵. En lo concerniente a la sanción, admite la prisión perpetua.

2.4.1.4. Mediante la *“Ley sobre represión penal como castigo por los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad”*, Costa Rica adoptó una reforma a su ley penal interna³²⁶ en la que introdujo las categorías de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad³²⁷, estableciendo una punibilidad de 10 a 25 años para estas modalidades delictivas constitutivas, según ese ordenamiento, de crímenes internacionales.

Para la configuración de estos delitos, el sistema costarricense optó por una remisión genérica, en el caso de los crímenes de guerra, a las violaciones graves de los *“tratados internacionales de los que Costa Rica sea Parte, relativos a la conducción de las hostilidades, la protección de heridos, enfermos y náufragos, el trato a los prisioneros de guerra, la protección de las personas civiles y la protección de los bienes culturales, en casos de conflictos armados, y según cualesquier otro instrumento del derecho internacional humanitario”*³²⁸. Y en el caso de los crímenes de lesa humanidad, a las *“prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los derechos humanos, y del Estatuto de Roma”*³²⁹.

“sistemático” del ataque hace referencia a la existencia de un plan o política que permita al autor del crimen identificar como objetivo a sus víctimas, lo cual se relaciona más con el nivel de organización del actuar criminal, y no con el carácter *prolongado* de las acciones, acogido en la ley chilena. (Sobre esta distinción conceptual, AMBOS, Kai. Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional. Bogotá: Ed. Gustavo Ibáñez, 2004, p. 52. También, Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia, Caso Blaskic, sentencia de marzo 3 de 200, pár. 214).

³²⁵ Los crímenes de guerra se prevén en forma diferenciada -los propios de conflicto armado internacional y no internacional- dando una mayor relevancia a estos últimos, hecho que se refleja en una regulación más minuciosa. Los conceptos de conflicto armado internacional y no internacional, que proporcionan el contexto para esta clase de crímenes, fueron construidos conceptualmente tomando elementos del derecho internacional humanitario, descartando de estas tipologías de orden público, las tensiones internas y los disturbios interiores, dado su carácter incidental y esporádico, y su menor grado de intensidad. En esta misma dirección, la ley chilena de implementación tomó del DIH, los conceptos de población civil, personas y bienes protegidos por esta normatividad, para la configuración de las diferentes modalidades de crímenes de guerra.

³²⁶ República de Costa Rica, Asamblea Legislativa, *“Ley sobre represión penal como castigo por los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad. No. 8272 de mayo de 2002”*.

³²⁷ Artículos 378 y 379 del Código Penal reformado por la Ley 8272 de 2002.

³²⁸ Artículo 378 ib.

³²⁹ Artículo 379 ib.

Esta reforma legislativa vino a complementar la regulación ya existente sobre “Delitos contra los Derechos Humanos”³³⁰, en la que desde 1997³³¹ se había tipificado el crimen de genocidio como delito de carácter internacional, estableciendo una punibilidad de 10 a 25 años para quien *“tome parte con propósito homicida, en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza, o creencia religiosa o política”*³³².

No obstante, el legislador costarricense no ha realizado implementación en relación con los delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional (Art. 70 ECPI),

2.4.1.5. Por su parte el legislador uruguayo optó por una fórmula combinada de remisión al ECPI, respecto de algunos crímenes³³³, y de modificación de su ley penal, adecuando otros delitos a su contexto específico. Así, en relación con el Genocidio estableció un tipo en el que partiendo de la fórmula clásica instituida en la Convención para la Prevención y Sanción de este crimen y recogida en el ECPI, extiende el umbral de protección a *“las colectividades políticas, sindicales o a un conjunto de personas, con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud”*³³⁴. Igualmente, apartándose de la concepción internacional, se incluyen como modalidades del genocidio la desaparición forzada, la privación de la libertad, la perturbación grave de la salud, la expulsión de hogares y la instigación para cometer genocidio.

En relación con los crímenes de lesa humanidad y de guerra, se recurre a la fórmula de remisión. En el primer caso al artículo 7° del Estatuto,³³⁵ y en el segundo al derecho internacional humanitario, para dar contenido a los

³³⁰ Título XIII del Código Penal de la República de Costa Rica.

³³¹ Ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997.

³³² Artículo 375 del Código Penal de Costa Rica.

³³³ La ley uruguayana de implementación incorpora una clasificación de los hechos punibles en (i) crímenes, y (ii) delitos, y (iii) faltas, dependiendo del nivel de gravedad. Los primeros son *“Los ilícitos de competencia de la Corte Penal Internacional de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5° del Estatuto de Roma y además todos los que por su extrema gravedad se rijan por leyes especiales, por este código y las normas de derecho internacional en cuanto le sean aplicables”*. Los segundos son todos los demás actos que no revistan la gravedad de un hecho punible de competencia de la Corte Penal Internacional, y las terceras las conductas catalogadas como contravenciones. (Art. 1° Ley 18.026 de la República de Uruguay).

³³⁴ *Ibíd.* Artículo 16.

³³⁵ Definición de los crímenes de lesa humanidad.

conceptos de conflicto armado internacional o no internacional, personas y bienes protegidos³³⁶. Adicionalmente se introdujeron algunos elementos que le dan especificidad a la regulación como la inclusión en la categoría de crímenes de lesa humanidad de una serie de delitos cometidos por agentes estatales, a los cuales se les aplica el fenómeno de la imprescriptibilidad, tales como la desaparición forzada de personas, el homicidio político, la tortura, la privación grave de la libertad, la agresión sexual contra persona privada de la libertad³³⁷. De manera similar, en la configuración de los crímenes de guerra se amplió el abanico de infracciones al derecho internacional humanitario incluidas en esta categoría en el ECPI,³³⁸ a otros comportamientos perpetrados por acción³³⁹ u omisión³⁴⁰. Extiende las categorías delictivas de lavado de activos y la financiación, a los eventos en que se incurra en ellas para cometer los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra³⁴¹.

³³⁶ Artículo 26 de la Ley 18.026 (Uruguay).

³³⁷ *Ibíd.* Artículos 21, 22, 23 y 24. Aunque se trata de hechos que pueden ser aislados, la regulación uruguaya, los incluye como crímenes de lesa humanidad, para hacer extensivo a dichas conductas cometidas por agentes estatales, el fenómeno de la imprescriptibilidad. Aunque tal extensión parece anti técnica, en cuanto desvirtúa el concepto de crimen de lesa humanidad que tiene como elemento característico el carácter sistemático o generalizado del hecho, por tratarse de agentes estatales, tales elementos podrían ser deducidos, si de ello se puede derivar una política o un patrón de actuación.

³³⁸ Artículo 8° ECPI.

³³⁹ Las prácticas de apartheid y otras conductas basadas en la discriminación racial (Artículo 26.3 numeral 29 Ley 18.026); la demora injustificada en la repatriación de o liberación de los prisioneros de guerra una vez finalizadas las hostilidades (Artículo 26.3 núm. 25, *ib.*); infligir castigos colectivos o realizar actos o amenazas que tengan por objeto aterrorizar a la población civil (Art. 26.3 núm. 37, *ib.*); lanzar un ataque contra obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas (presas hidroeléctricas, diques, centrales nucleares, *ect.*) a sabiendas de que ese ataque causará víctimas dentro de la población civil, o daños a bienes civiles (Art. 26.3, núm. 40, *ib.*); lanzar un ataque contra zonas desmilitarizadas (Art. 26.3 núm. 41); emplear armas cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos que no puedan localizarse por rayos x en el cuerpo humano (Art. 26.3 núm. 42); emplear minas antipersonales, entendiéndose por tales toda munición colocada debajo, sobre o cerca de la superficie del terreno u otro lugar, concebida para explotar por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona y que pudiera incapacitar, lesionar o matar a más de una persona (Art. 26.3 núm. 43); emplear minas, armas trampa y otros artefactos similares contra la población civil o personas protegidas o en contravención de las disposiciones del derecho internacional (Art. 26.3 núm. 45); emplear trampas y armas incendiarias, entendiéndose por tales toda arma, munición o trampa concebida primordialmente para incendiar objetos o causar quemaduras a las personas mediante la acción de las llamas, del calor o de una combinación de ambos, producidos por reacciones químicas (Art. 26.3 núm. 45); emplear armas láser con aptitud para causar ceguera permanente (Art. 23.6 núm. 47).

³⁴⁰ Omitir en forma intencional: (i) señalar, vallar y vigilar, durante la vigencia de un conflicto armado o luego de finalizado éste, las zonas en las que se hallen restos explosivos de guerra después de impedir el ingreso de población civil en dichas zonas; (ii) la limpieza, destrucción o remoción del los restos explosivos de guerra inmediatamente finalizado un conflicto armado, cuando sea posible la señalización o ubicación de dichos restos explosivos de guerra; se entenderá por "restos explosivos de guerra" los definidos como tales por el derecho internacional (Art. 26.3 núm. 49).

³⁴¹ *Ibíd.* Artículo 27.

Los delitos contra la administración de justicia de la Corte son incorporados mediante la fórmula de reenvío al artículo 70 del ECPI, previendo una pena de 2 a 10 años.

2.4.1.6. En el caso peruano, bajo el impulso de la sociedad civil, desde el año 2002 se han desarrollado varias iniciativas legislativas para la implementación sustantiva del Estatuto, sin que ninguna de ellas se haya cristalizado en una ley de la República³⁴². No obstante, es preciso registrar que el Código Penal peruano de 1991, contempla algunas modalidades delictivas, creadas por la Ley 26.926 del 21 de febrero de 1998, catalogadas como “*Delitos contra la humanidad*” y que responden a la tipología de crimen internacional. Se trata del genocidio, el cual presenta una configuración similar a la prevista en la convención internacional para la sanción y prevención de este crimen, y contempla una pena de hasta 20 años³⁴³; el delito de desaparición forzada de personas³⁴⁴; el delito de tortura³⁴⁵; el de discriminación (este con pena de entre 2 y 3 años); el secuestro³⁴⁶ y la trata de personas³⁴⁷. Prevé así mismo la conducta de asesinato como atentado contra la vida, el cuerpo o la salud, con una pena de hasta 15 años³⁴⁸. Contempla la coautoría y la autoría mediata como formas punibles de participación.

³⁴² En octubre de 2002, se creó una comisión técnica para redactar un nuevo Código Penal (Comisión Revisora del Código Penal) que, entre otras cuestiones, incluía la recepción de los crímenes del Estatuto de Roma. El proyecto se presentó ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, pero no convocó suficiente interés político para que culminara su tránsito legislativo. Entre los años 2006 a 2011, se impulsaron otras iniciativas orientadas a aprobar una regulación, como ley independiente (PL 1701), y no como una parte del Código Penal. Sin embargo, el proyecto no fue aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, y una vez más no logró alcanzar el apoyo necesario para su consideración. Tras el establecimiento de un nuevo Congreso en julio de 2011, se ha renovado la iniciativa de promover una ley especial con fundamento en el proyecto original 1701 Coalición por la Corte Penal Internacional. En: <http://www.iccnw.org/?mod=country&iduct=51&lang=es>. Consultada en mayo 19 de 2013).

³⁴³ República del Perú. Presidencia de la República. Decreto Legislativo 957 de 1991, “*Por medio del cual se expide el Código Penal*”. Capítulo XIV A, artículo 319. En línea, www.ocn.gob.pe/normativa/delitos. Consultada el 21 de julio de 2011.

³⁴⁴ Artículo 320 ibídem.

³⁴⁵ Artículo 321 ibídem.

³⁴⁶ Artículo 152 ibídem.

³⁴⁷ Artículo 153 ibídem.

³⁴⁸ Artículo 108 ibídem.

A pesar de que, como se indicó, Perú no ha efectuado una implementación sustantiva que incorpore en su derecho interno los tipos penales previstos en el artículo 5° del ECPI, cabe destacar que ha avanzado jurisprudencialmente en la construcción de categorías dogmáticas que le han permitido hacer imputaciones individuales en contextos de criminalidad sistemática y masiva³⁴⁹.

En el caso Fujimori, llama particularmente la atención, la calificación de los delitos en las dos instancias como crímenes de Estado y de lesa humanidad³⁵⁰, a pesar de que el Código Penal peruano no contempla dichas categorías. Pese a los cuestionamientos provenientes de la defensa sobre violación del principio de legalidad, la Sala Transitoria en segunda instancia, no encontró que la calificación de los delitos cometidos en “Barrios Altos” y “La Cantuta” como *crímenes de lesa humanidad*, cometidos mediante un aparato de poder que operaba por fuera del orden jurídico, violara esta garantía, especialmente en lo concerniente a la prohibición de retroactividad. Tampoco halló que los principios de la doble incriminación y de la especificidad que orientan el derecho de extradición³⁵¹, resultaran vulnerados, comoquiera que Fujimori fue acusado y condenado según las

³⁴⁹ Corte Suprema de Justicia del Perú. Sala Penal Especial, y Primera Sala Transitoria. Sentencias de abril 7 de 2009 y diciembre 30 del mismo año. Alberto Fujimori Fujimori. Condena por los delitos de homicidio calificado en 25 personas, y lesiones graves de 4 víctimas, a causa de los sucesos ocurridos en “Barrios Altos” (noviembre de 1991), y “La Cantuta” (julio de 1992). Además por el delito de secuestro en dos casos (abril y julio de 1992) en la situación denominada “Sótano SIE” (Servicio de Inteligencia del Ejército). Estos delitos fueron atribuidos a las Fuerzas de Seguridad Peruanas (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial (CSJ-SPE), Exp. No. AV 19.2001 (acumulado), 7 de abril de 2009, Casos Barrio Alto, La Cantuta y Sótanos SIE, disponible en <http://www.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=10410&opcion=detalle> (Consultada el 21 de mayo de 2013); Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Primera Sala Penal Transitoria (CSJ-PSPT). Exp. No.19-2001-09-AV, 30 de diciembre de 2009, pár. 727 y 727, disponible en: <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=inicio> (Mayo 21 de 2013).

³⁵⁰ Los dos fallos de la Corte Suprema peruana consideraron comprobados en el caso “Barrios Altos”, los hechos relativos a que el Grupo Colina llevó a cabo en este lugar una operación militar secreta contra presuntos miembros de Sendero Luminoso, el 3 de noviembre de 1991, dando muerte a 15 civiles desarmados e hiriendo gravemente a otros cuatro. Adicionalmente, el 21 de julio de 1992, integrantes del mismo grupo (Colina), penetraron en la Universidad Eduardo Guzmán y Valle (“La Cantuta”), para secuestrar y posteriormente matar a 9 estudiantes y a un docente.

³⁵¹ Una vez Fujimori se refugió en Japón, Perú solicitó a ese país la extradición, la cual fue rechazada en razón de la nacionalidad japonesa de Fujimori. Sin embargo, cuando Fujimori abandona Japón y entra a Chile, fue arrestado el 6 de noviembre de 2005, en virtud de una orden internacional solicitada por el Perú. El 6 de enero de 2006, La solicitud de extradición de Fujimori se fundamentó en un tratado de extradición vigente entre estos Estados desde 1932. La solicitud de extradición implicaba 13 casos de los cuales 10 eran por actos de corrupción y 3 por graves violaciones de derechos humanos. (AMBOS, Kai. Trasfondos Políticos y Jurídicos de la Sentencia contra el Ex presidente Peruano Alberto Fujimori. En: AMBOS, Kai y Meini, Iván. La Autoría Mediata: El caso Fujimori, Bogotá, Ed. Axel, 2001, p. 57-59.)

normas del Código Penal peruano por homicidio agravado (asesinato), graves lesiones personales y secuestro agravado.

La defensa de Fujimori consideró que la mención a los crímenes de lesa humanidad, implicaba una introducción de las normas del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho interno, mediante su aplicación directa. Dicha referencia hecha por las Salas de la Corte Suprema de Justicia peruana, ha sido justificada por la doctrina en el *“interés legítimo y legal de caracterizar los crímenes cometidos por Fujimori y su régimen, según su verdadera naturaleza y dimensión internacional. De esta manera las Salas tomaron en consideración la terminología utilizada por la Corte IDH³⁵² y aplicaron el concepto de crímenes de lesa humanidad sin violar principios fundamentales de legalidad, irretroactividad y especificidad”³⁵³*

En este caso, puede afirmarse que al Estatuto de Roma se le dio un carácter de parámetro de interpretación, y no de fuente directa para la tipificación de los delitos, toda vez que la imputación se enmarcó en los tipos penales del derecho interno; la apelación al concepto de crimen de lesa humanidad adquirió un cariz retórico, de reforzamiento argumentativo sobre la entidad de los delitos.

2.4.2. La creación de categorías de imputación acordes con el juzgamiento de crímenes internacionales

Los crímenes internacionales están caracterizados por el contexto de violencia organizada en el que se desenvuelven, lo que conlleva normalmente a formas de participación colectiva e indirecta en el evento criminal. Esta especial configuración ha enfrentado al derecho penal internacional al desafío de establecer fórmulas para aplicar el principio de responsabilidad individual que orienta el derecho punitivo³⁵⁴, en contextos de

³⁵² La Corte Interamericana de Derechos Humanos calificó las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y las detenciones arbitrarias perpetradas por el grupo Colina y las Fuerzas Armadas Peruanas como crímenes de lesa humanidad. (CorteIDH, Caso Barrios Altos v. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C- No. 75, párrafo 225).

³⁵³ AMBOS, Kai. Trasfondos Políticos y Jurídicos...p.66.

³⁵⁴ Reafirmando la posibilidad de aplicar responsabilidad directa a los individuos por violaciones al derecho internacional, uno de los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg es aquel que se enuncia así: crímenes contra el derecho internacional son cometidos por individuos no por entidades abstractas, y solo castigando a los individuos que cometen tales crímenes las disposiciones del derecho internacional pueden hacerse valer. Décadas después,

particular complejidad. El esquema delictivo propio del crimen organizado comporta división de trabajo criminal, sin embargo, la visión clásica y tradicional de esta figura resulta insuficiente para enfrentar el fenómeno de la criminalidad de sistema. La estructura jerarquizada de estas organizaciones incorpora una serie de elementos de particular impacto en el diseño de una teoría de imputación. La presencia de dirigentes o superiores que emiten *órdenes* generales y específicas con miras a fomentar o planear la ejecución de los delitos, exige establecer el nivel de control que ejercen aquellos sobre sus subordinados, quienes normalmente actúan como ejecutores materiales de los hechos. Así mismo es importante establecer la adhesión de estos últimos a las órdenes impartidas, o su actuación desligada de los lineamientos generales o específicos emitidos por el superior.

Esta realidad ha dado lugar al desarrollo paulatino de categorías especiales de atribución de responsabilidad, inicialmente en el seno de la jurisprudencia del Tribunal Penal Militar de Nüremberg y de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, que se han cristalizado en los artículos 25³⁵⁵ y 28³⁵⁶ del Estatuto de la Corte Penal Internacional, normas que

este principio sirvió al Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia para fijar los fundamentos de la responsabilidad penal individual por violación al Art. 3º común a los Convenio de Ginebra de 1949, al señalar: *“Todos estos factores confirman que el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad individual por serias violaciones al artículo 3º común, complementado por otros principios y reglas generales para la protección de las víctimas del conflicto armado interno, y por violación de ciertos principios y reglas fundamentales concernientes a medios y métodos de combate en conflicto civil”* (App. Ch. Prosecutor v. Tádíc, e2 de octubre de 1995, párs. 128-137 y 134).

³⁵⁵ **Artículo 25 Responsabilidad penal individual.** 1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y

contemplan, el primero, una gama de formas de intervención en el punible (la autoría, la coautoría, la autoría mediata, la determinación mediante orden, proposición o inducción, la complicidad, el encubrimiento; y la instigación directa en relación con el genocidio)³⁵⁷; y el segundo, la responsabilidad de los jefes militares y otros superiores³⁵⁸.

voluntariamente al propósito delictivo. 4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional". [Estatuto de la Corte Penal Internacional. En, www.un.org/spanish/law/icc].

³⁵⁶ **“Artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores-** Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: 1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: //a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y //b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. 2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: //a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; //b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y //c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”. (ibídem).

³⁵⁷ Estas categorías dogmáticas han tenido amplio desarrollo en la doctrina nacional y extranjera. Así por ejemplo en AMBOS, Kai. La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática. Bogotá: Temis. 2006. P.p. 143-331. Aponte Cardona, Alejandro. Persecución Penal de Crímenes Internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional. Bogotá; Fundación Konrad Adenauer y Pontificia Universidad Javeriana, 2011. Pp. 209 a 249. WERLE, Gerhard. Tratado..p.p. 209.236.

³⁵⁸ Bajo la teoría de la responsabilidad del superior, puede hacerse responsable penalmente al comandante militar o al superior civil, por crímenes de derecho internacional cometidos por sus subordinados. El superior responde de los delitos perpetrados por las unidades bajo su mando, cuando aquel lesione, de forma reprochable, los deberes de control que le son propios. El fundamento básico de la imputación penal es la relación superior – subordinado, y el elemento central de esa relación es la existencia de un control efectivo del superior sobre sus subordinados. Pese a que ni el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, ni el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Lejano Oriente contenían una regulación sobre esta figura, logró consagrarse en la jurisprudencia proferida en materia de crímenes de guerra por el US Military Tribunal en Manila (caso Yamashita), y por el US, Military Tribunal, Núremberg, (sentencias de 20 de agosto de 1949, juicio a Kart Brandt u. a. en el llamado “Medical Trial”; sentencia del 19 de febrero de 1948, juicio a Wilhelm List u.a. en el llamado “Hostages Trial” ; sentencia de 28 de octubre de 1948 , juicio a Wilhelm von Leeb et al. en el llamado “High Command Trial”. Así mismo, los artículos 86 y 87 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, ya preveían la responsabilidad del superior por los hechos de los subordinados, limitando su margen de aplicabilidad al evento de que éste sabía o poseía información que le permitiera concluir que el subordinado, en las circunstancias del momento, estaba cometiendo o iba cometer la infracción, y no tomó las medidas factibles a su alcance para impedir o reprimir la infracción. (WERLE, Gerhard, op cit. p.p. 227 y 708).

La necesidad de contar en los sistemas nacionales de justicia con categorías específicas de imputación, en materia de grave criminalidad, se justifica desde diferentes puntos de vista. En primer lugar, la idea de propugnar por una reacción proporcionada al nivel e importancia de la participación en el delito, no es ajena al derecho penal internacional. En segundo lugar, en estas construcciones subyace una consideración práctica que auspicia la priorización de la persecución penal, enfocada hacia aquellos que, prevalidos de una posición dominante dentro de la estructura de la organización criminal, fomentaron y planearon la consumación de los crímenes³⁵⁹. Y en tercer lugar, a partir de las categorías tradicionales de imputación resulta más factible el sometimiento a la justicia de los ejecutores materiales, que de aquellos que detentan un mayor rango, emiten las órdenes criminales, y se encuentran distantes del escenario físico de los hechos. Al derecho penal internacional le interesa fortalecer los esquemas de imputación respecto de estos últimos.

2.4.2.1. Canadá y Chile contemplan categorías específicas de imputación de criminalidad de sistema. En el caso de Canadá, se incorporó en la ley de implementación una regulación minuciosa sobre la responsabilidad de los comandantes militares que incurran en crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, en el territorio canadiense y en el exterior. Con algunas variantes, respecto de la regulación contenida en el ECPI se incluyó la figura de la responsabilidad por omisión de los *superiores o jefes militares*, emanada de la deliberada o imprudente falta de control sobre las personas bajo su efectiva autoridad, mando o control que cometen crímenes previstos en esa normatividad³⁶⁰. La ley chilena de implementación acoge las figuras

³⁵⁹ El primer informe rendido a la Asamblea General de la ONU, por el entonces presidente de la CPI señor Kirsch, destaca que la Corte apuntará a los mayores responsables de crímenes internacionales, es decir, principalmente funcionarios y militares de alto rango, que a menudo resultan inaccesibles para los tribunales nacionales ya sea por sus posiciones de poder o porque que se rigen estatutos internos que (en contra de lo previsto en el derecho internacional) contemplan fueros especiales, limitaciones o inmunidades. (UN Doc A.60/177. Disponible en WWW.icc-cpi.int/press/p'ressrelease/120.htm). (Julio 10 de 2013).

³⁶⁰ Conforme a esta categoría de imputación, un superior o jefe militar será responsable cuando: a) No ejerza un control apropiado sobre una persona bajo su efectivo mando, control o autoridad, y como consecuencia de ello este comete un delito; b) el comandante militar sabe, o por negligencia ignora que la persona está a punto de cometer o está cometiendo un delito. La conducta delictiva debe relacionarse con las actividades respecto de las cuales el superior tiene autoridad efectiva. (República de Canadá. Ley contra los crímenes de lesa humanidad y Crímenes de Guerra de 29 de junio de 2000, sección 4, numerales 3 y 4).

de la responsabilidad por omisión de los jefes militares o “autoridades que actúen como tales”³⁶¹, y la autoría mediata³⁶².

2.4.2.2. En el caso de Perú, Estado que no ha adoptado una ley de implementación sustantiva, cabe reseñar que la práctica judicial³⁶³ confirma la necesidad de acudir a categorías de imputación que faciliten la atribución de responsabilidad individual en contextos de criminalidad masiva, sistemática, o macro criminalidad. Ratifica así mismo la utilidad que reporta la teoría del control o dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado³⁶⁴ en el derecho penal internacional.

La Corte Suprema de Justicia peruana constató que en el caso concreto del ex presidente Fujimori, concurrían las condiciones de aplicación de la autoría mediante aparatos organizados de poder³⁶⁵, efectuando valiosos aportes dogmáticos a esta teoría, y demostrando su eficacia en la resolución de casos de responsabilidad macro criminal de autores que ostenten mando.

³⁶¹ Artículo 35. Ley 20.357. “Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, en su caso, que teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo hacerlo. La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados”.

³⁶² Artículo 36. Ley 20.357. “La orden de cometer una acción o de incurrir en una omisión constitutiva de delito conforme a esta ley, así como la orden de no impedirlos, impartida por una autoridad o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, a un subalterno, lo hace responsable como autor. Si la orden no fuere cumplida por el subalterno, la autoridad o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, responderá en todo caso como autor de tentativa de dicho delito”.

³⁶³ Los fallos proferidos por la justicia penal peruana en el caso de Alberto Fujimori (Barrios Altos, y la Cantuta)

³⁶⁴ ROXÍN, Claus. La Autoría mediata por dominio de la organización. *En* Problemas actuales de la dogmática penal, Lima: Ara, 2004.

³⁶⁵ La CSJ de Perú examinó, en primer término, el presupuesto general de la aplicación de la mencionada modalidad de autoría, consistente en la existencia previa de una organización estructurada, para lo cual deben concurrir dos elementos, a saber: (i) la asignación de funciones, sin que ello se pueda confundir con la división de trabajo de la clásica coautoría; y (ii) que la organización desarrolle su vida funcional, con independencia de la de sus integrantes. Verificó así mismo la presencia de los presupuestos específicos de esta modalidad de autoría mediata, consistentes en: (i) la existencia de un poder de mando; (ii) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; (iii) la fungibilidad del ejecutor mediato; (iv) la elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho. Aclaró el tribunal que *“Estas condiciones deben ser analizadas de manera conjunta. No obstante, ello no significa su adición aritmética para configurar como resultado el dominio de la organización, sino más bien que su evaluación debe hacerse caso por caso, evitando así una visión parcial, sesgada o desnaturalizada de su estructura y de su funcionamiento.”* Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial (CSJ-SPE), Exp. No. AV 19.2001 (acumulado), 7 de abril de 2009, Casos Barrio Alto, La Cantuta y Sótanos SIE, disponible en <http://www.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=10410&opcion=detalle> (Consultada el 21 de mayo de 2013).

2.4.3. La incorporación o ampliación del principio de jurisdicción universal

Existe una clara relación³⁶⁶ en el Estatuto de Roma, entre los principios de complementariedad y el de jurisdicción universal³⁶⁷. De acuerdo con su definición más básica, este último es *“un principio jurídico que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar en se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima”*³⁶⁸. Se trata en consecuencia, de un título de jurisdicción en virtud del cual los Estados deben juzgar los crímenes internacionales, sin que para el efecto se tengan en cuenta los nexos que tradicionalmente determinan la jurisdicción (el territorio, la nacionalidad del autor o de la víctima, o particulares intereses estatales). La idea fundamental en que se inspira este principio es que determinados crímenes son tan nocivos para la preservación de los valores en que se asienta la comunidad internacional, que los Estados están facultados, e incluso obligados, a iniciar una acción en contra del autor, con independencia del lugar de comisión del crimen, la nacionalidad del perpetrador o de la víctima.

³⁶⁶ Esta relación se puede deducir del Preámbulo mismo del Estatuto que señala que *“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”* (párr. 4). Seguidamente recuerda que *“(…) Es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”* (párr. 6), enunciado que plasma el principio de derecho internacional *“Aut iudicare Aut dedere”* (perseguir o extraditar). Y a continuación se enuncia el principio de complementariedad: *“Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”* (párr. 10).

³⁶⁷ Este principio que tiene sus orígenes en el derecho consuetudinario, adquirió un notable desarrollo luego de la segunda guerra mundial. En el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Nüremberg (Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945), ya estaba presente su espíritu. En este sentido el artículo 1° estableció la jurisdicción del tribunal sobre crímenes que no tenían una ubicación geográfica precisa, en tanto que el artículo 4° del mismo estatuto previó la jurisdicción de los tribunales nacionales sobre otros crímenes de guerra. Los Convenios de Ginebra de 1949, disponen en términos inequívocos el principio de jurisdicción universal en relación con las graves infracciones al derecho internacional humanitario (Art. 49 del Convenio de Ginebra I; Art. 50 del Convenio de Ginebra II; Art. 129 del Convenio de Ginebra III; Art. 146 del Convenio de Ginebra IV; Art. 85 del Protocolo Adicional I a los mencionado Convenios). Este principio se ha aplicado por algunos tribunales nacionales en casos como Corte Suprema de Israel, caso Eichmann (1961); Corte Suprema del Canadá, caso Finta (1994); Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos, caso Demanjuk (1985); House of Lords, caso Pinochet (1999); Cour d’Assises de Bruxelles. Caso Butare Tour (2001). [PHILIPPE, Xavier. Los principios de jurisdicción universal: su interconexión. *En: International Review of the Red Cross*. No. 862 (Junio de 2006), p. 3].

³⁶⁸ PHILIPPE, Xavier. op. cit. p. 3. Randall, Kenneth. Universal Jurisdiction under International Law. *En: Texas Law Review*. No. 66 (1998) pp. 785.788. SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 40.

A pesar de su arraigo y fundamento en el derecho internacional, el principio de jurisdicción universal concierne al derecho nacional, en la medida en que la decisión de habilitar a los tribunales nacionales para ejercer jurisdicción universal sobre determinados crímenes es una decisión nacional, que implica además la definición de los crímenes en el derecho interno, así como la previsión de los mecanismos judiciales que permitan a los tribunales nacionales ejercer ese título de jurisdicción.

El principio de jurisdicción universal puede verse como una de las alternativas a través de las cuales los Estados aplican el principio de complementariedad, el cual bien puede materializarse mediante el ejercicio de su jurisdicción prevalente, si existieren los nexos en que tradicionalmente se sustenta la jurisdicción estatal, o mediante la activación del principio de jurisdicción universal, en ausencia de tales nexos. En todo caso, el fundamento es el mismo, cumplir con el *“deber de todo Estado [de] ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”*. (Párr. 6 Preámbulo ECPI).

Aprovechar las labores de implementación para fortalecer el principio de jurisdicción universal, constituye una opción que potencia la estrategia de justicia global que se fundamenta en el Preámbulo del Estatuto y se desarrolla en su texto. La incorporación de este principio en el ordenamiento jurídico interno muestra, de una parte, la decisión política estatal de asumir a cabalidad su *“deber de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”* (Preámbulo párr.6), y de otra, la disposición jurídica de enfrentar uno de los principales problemas que afecta este principio que es la falta de precisión y regulación en el derecho nacional. No puede perderse de vista que la competencia de la Corte Penal Internacionales está sometida a unos límites materiales, temporales, personales y territoriales muy precisos (Arts. 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13 ECPI), así como a unos estrictos criterios de admisibilidad (Art. 17 ECPI), supuestos que no atan al principio de jurisdicción universal, por lo que este puede considerarse como complementario de la jurisdicción ejercida por el tribunal internacional.

Al observar la experiencia en los países americanos que han desarrollado actividad legislativa de implementación, en lo que concierne a la

incorporación del principio de jurisdicción universal, se advierte que Argentina, Canadá, Costa Rica y Uruguay, incluyeron en sus leyes de implementación sustantiva una cláusula que faculta a sus tribunales nacionales para aplicar el principio de jurisdicción universal.

2.4.3.1. En este orden de ideas, la ley Argentina introduce el mencionado principio al señalar que este cobrará relevancia cuandoquiera *“que se encuentre en territorio de la República de Argentina o en lugares sometidos a su jurisdicción una persona sospechosa de haber cometido un crimen definido en la presente ley y no se procediera a su extradición y entrega a la Corte Penal Internacional, la República Argentina tomará todas las medidas para ejercer su jurisdicción respecto de este delito”*³⁶⁹

2.4.3.2. La ley canadiense atribuye gran importancia al ejercicio del principio de jurisdicción universal, estableciendo una regulación específica para los crímenes cometidos en territorio canadiense³⁷⁰ (jurisdicción estatal) y fuera de este³⁷¹ (jurisdicción universal). En una perspectiva reforzada del principio de complementariedad se incorporó la cláusula de jurisdicción universal respecto de los delitos de genocidio, lesa humanidad y guerra, cometidos por fuera del territorio canadiense, sin consideración a nexos derivados de la nacionalidad del sujeto activo o de la víctima, o de los intereses nacionales, cuando aquél se encuentre en el territorio canadiense³⁷².

2.4.3.3. En el año 2009³⁷³ la República de Costa Rica introdujo una reforma legislativa en la que contempló el principio de jurisdicción universal para, entre otros delitos, el genocidio y *“otros hechos punibles contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, previstos en los tratados suscritos por Costa Rica o en este Código”*. Mediante esta cláusula la jurisdicción costarricense se habilitó para perseguir, conforme a su derecho interno, estos actos *“independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del hecho punible y la nacionalidad del autor”*³⁷⁴.

³⁶⁹ República de Argentina, Ley 26.200 de 2007, artículo 4°.

³⁷⁰ República de Canadá. Ley contra crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, de 29 de junio de 2000, Sección 4.

³⁷¹ *Ibídem* Secciones 6 y 7.

³⁷² *Ibídem*, sección 8.

³⁷³ República de Costa Rica. Ley No. 8719 de 2009, para el Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo.

³⁷⁴ Artículo 7° del Código Penal, tal como fue reformado por la Ley 8719 de 2009.

2.4.3.4. Uruguay por su parte, subrayó su deber de Estado Parte, consignado en el Preámbulo del ECPI, de asumir la investigación y el juzgamiento de los crímenes atroces, al consignar que: *“La República Oriental del Uruguay tiene el derecho y el deber de juzgar los hechos tipificados como delito según el derecho internacional. Especialmente tiene el derecho y el deber de juzgar, de conformidad con las disposiciones contenidas en esta ley, los crímenes reconocidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por la Ley Nº 17.510, de 27 de junio de 2002”*³⁷⁵.

Consecuente con el propósito de erradicación de la impunidad que anima al ECPI en materia de crímenes internacionales, introduce una cláusula en la que habilita al sistema jurídico uruguayo para aplicar el principio de jurisdicción universal, únicamente en relación con los delitos a que se contrae la ley de implementación (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), y siempre que la Corte Penal Internacional no hubiere solicitado la entrega.³⁷⁶

2.4.4. La recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

El artículo 29 del Estatuto de Roma establece que *“Los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán”*. En los sistemas nacionales de justicia, generalmente se contempla el transcurso del tiempo como causa de exclusión de la punibilidad en abstracto (de la acción), y en concreto (de la pena), en tanto garantía del Estado de Derecho. Esta prerrogativa se fundamenta en la obligación de los Estados de investigar dentro de un tiempo determinado la presunta comisión de un hecho punible, y el correlativo derecho de los individuos a obtener justicia dentro de plazos razonables.

En el plano internacional, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968) advirtió acerca de que *“la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de*

³⁷⁵ República de Uruguay. Ley No. 18.026. Artículo 2°.

³⁷⁶ *Ibíd.* Artículo 4.2.

*lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes*³⁷⁷

El tratamiento distinto para los crímenes internacionales en materia de prescriptibilidad, se fundamenta en la intensa lesividad que reportan respeto de las víctimas y de los valores esenciales de la comunidad internacional; los contextos de violencia sistemática y de masividad de víctimas que los caracterizan; circunstancias que revisten de especial complejidad su investigación y juzgamiento, a la vez que convocan el interés de la comunidad internacional en torno a la importancia ética y política de que sean castigados en cualquier tiempo.

En las legislaciones de implementación del continente americano se observa que únicamente Argentina y Chile incluyen el principio de imprescriptibilidad referido a la acción y a la pena de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. En el caso de Argentina esta previsión se hace extensiva *“a todos aquellos crímenes que llegaren a ser competencia de la Corte Penal Internacional”*³⁷⁸.

La principal dificultad que enfrentan los sistemas nacionales de justicia para armonizarse en esta materia con el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Art. 29) son las provisiones constitucionales que suelen establecer de manera general la garantía de la imprescriptibilidad de los delitos y /o de las penas.

2.5. La implementación procesal. La cooperación con la Corte Penal Internacional

En este aparte se examinará la manera como los Estados han asumido la obligación de adecuar sus sistemas normativos internos a efecto de cumplir con los requerimientos derivados de la Parte IX del ECPI, relacionados con el deber de los Estados Partes de cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su

³⁷⁷ UN Doc A/RES/2391 (XXIII). Disponible en http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_subj_sp.asp?subj=34.

³⁷⁸ República de Argentina, Ley 26-200 artículo 11.

competencia (Art. 86 ECPI), y de asegurar que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en ese Estatuto.

De manera general se observa que de los países del continente americano que han expedido leyes de implementación (Argentina, Canadá, Costa Rica, Chile, Perú y Uruguay), los únicos que ha incluidos disposiciones relativas a la cooperación con la CPI han sido Argentina, Perú y Uruguay.

En el caso de Canadá se advierte en su ley de implementación un claro propósito de optimizar su sistema de justicia y en particular de armonizar su legislación interna con el Estatuto de la CPI y en general con el derecho internacional consuetudinario y convencional, a fin de contar con el soporte normativo sustantivo suficiente para ejercer la jurisdicción prevalente en materia de grave criminalidad, ya sea a través del principio de jurisdicción universal, o de su jurisdicción estatal.

En la experiencia chilena, su implementación está explícitamente orientada a potenciar su sistema normativo a efecto de habilitarse para cumplir a cabalidad el mandato establecido en el Preámbulo del Estatuto de Roma, en el sentido que los Estados Partes contraen la obligación primaria de investigar y juzgar los crímenes más lesivos para la comunidad internacional en su conjunto. Así lo dejó establecido el legislador chileno en la exposición de motivos de la iniciativa de implementación:

La presente moción tiene por objeto perfeccionar y adecuar la legislación chilena tipificando conductas constitutivas de delitos y crímenes contenidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con miras a la ratificación de dicho tratado.

Este proyecto responde a lo señalado en el propio Preámbulo del Estatuto de Roma, conforme al cual es deber de todo Estado Parte ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Además, en virtud del principio de complementariedad, la competencia de la Corte Penal Internacional sobre los mismos es subsidiaria o complementaria, pues la jurisdicción en primer término pertenece a los Estados.

Por consiguiente, los Estados son los primeros llamados a ejercer jurisdicción respecto de esos crímenes. La Corte sólo asumirá competencia en los casos en que no exista ejercicio de la jurisdicción por parte del propio Estado, cuando éste no se

encuentre en condiciones objetivas de ejercerla o no esté realmente dispuesto a hacerlo.

No obstante, el legítimo propósito de estos Estados de optimizar el carácter preferente de su jurisdicción, adscrito al principio de complementariedad, no los libera de las obligaciones también contraídas al constituirse en Estado Parte del ECPI, de adoptar los procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación prevista en la parte IX del mismo, tal como lo señala el artículo 88 *ibídem*.

Conforme a lo señalado, la observación sobre cooperación se centrará en las experiencias argentina, peruana y uruguaya. Argentina³⁷⁹ (2207), al igual que Uruguay³⁸⁰ (2006) incluyeron la regulación sobre cooperación en la misma ley de implementación sustantiva, en tanto que Perú³⁸¹ la introdujo en un capítulo especial de su estatuto procesal ordinario (2004).

El análisis sobre estas experiencias en materia de cooperación se efectuará con especial referencia a: (4.1.) los mecanismos de comunicación entre la Corte y las autoridades nacionales (órganos de comunicación, consultas e impugnaciones); (4.2) la regulación para hacer posible la entrega de personas a la Corte; (4.3) los dispositivos relativos a la asistencia judicial; (4.4) la cooperación en materia de ejecución de sentencias.

2.5.1. Los mecanismos de comunicación entre la Corte y las autoridades nacionales

2.5.1.1. En los desarrollos legislativos observados se muestra evidente la función armonizadora que cumple el Estatuto de la Corte Penal Internacional, comoquiera que las normas de cooperación se orientan a establecer canales y procedimientos dispuestos para hacer posibles todas las formas de cooperación en él previstas (la entrega, la asistencia y la ejecución de sentencias), de modo que los preceptos del ECPI constituyen un punto de referencia obligado.

³⁷⁹ Ley 26.200 de 2004.

³⁸⁰ Ley 18.026 de 2006.

³⁸¹ Congreso de la República del Perú. Código de Procedimiento Penal, Decreto Legislativo N° 957, Título VII. Sección VII. Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de julio de 2004, artículo 511.

No obstante, hay aspectos que son plenamente potestativos de los Estados como el esquema de comunicación con la Corte y sus dependencias, y con la Fiscalía de la Corte. Teniendo en cuenta que las relaciones de los Estados con la Corte se desarrollan a través de canales diplomáticos, es frecuente que el poder ejecutivo, particularmente, el Ministerio encargado de las Relaciones Exteriores sea el órgano de comunicación con la Corte. Sin embargo, esta fórmula aparece matizada por cuanto también intervienen autoridades judiciales con carácter consultivo, respecto de ciertas actuaciones (Caso Uruguay y Perú), o de apoyo al órgano de comunicación (caso Argentina).

Argentina previó como ente cooperador al poder Ejecutivo, en particular a la agencia que conduce las relaciones diplomática³⁸², quien se apoyará en los órganos de la justicia federal con competencia en lo penal, para dar cumplimiento a los requerimientos de asistencia de la Corte. De modo que en el canal diplomático se concentran las funciones de recibir y tramitar las comunicaciones y notificaciones. En el marco de esta facultad decidirá sobre la denuncia de una situación de crisis ante el Fiscal de la Corte Penal Internacional, e impugnará la decisión de inhibición ante la Sala de Cuestiones Preliminares³⁸³. Igualmente, es el poder ejecutivo el competente para recibir la notificación del Fiscal de la CPI, o de la propia Corte, sobre el inicio de una investigación de una situación de crisis acontecida en el territorio de la República de Argentina, por lo cual como órgano cooperador “solicitará a la Procuración General de la Nación, a las Cámaras Federales con competencia en lo penal” y a quienes estime conveniente en cada caso, que le informen, sobre “la existencia de actuaciones penales que se sigan o que se hayan seguido en relación con los hechos objeto de la investigación”³⁸⁴.

De activarse la acción penal por parte de la Fiscalía de la Corte, el ejecutivo decidirá si sostiene la jurisdicción argentina, y en su caso, formulará ante aquella la petición de inhibición. El poder ejecutivo como ente encargado de la cooperación debe responder con carácter urgente cualquier petición de información del Fiscal de la Corte referida a la marcha de las investigaciones

³⁸² El artículo 23 de la Ley 26200 de 2007, estableció que “las comunicaciones a la Corte Penal Internacional y a la Fiscalía se realizan por vía diplomática”.

³⁸³ Ibídem, artículo 24 numeral 1

³⁸⁴ Ibídem, artículo 25 numeral 1

que se siguen en Argentina y del juicio ulterior, que ha sido objeto de petición de inhibición.

De conformidad con la ley 26.200 corresponde al ejecutivo recibir una solicitud de entrega y detención formulada por la CPI, además de la petición de asistencia judicial³⁸⁵. En lo que concierne a la ejecución de penas, es esa misma rama del poder público la encargada de manifestar a la Corte la voluntad del Estado Argentino de integrar la lista de países dispuestos a recibir los condenados por la CPI; de ser escogida la Argentina, será el ejecutivo quien manifestará la aceptación de esta designación³⁸⁶. Igualmente le fue entregada al ejecutivo la competencia para impugnar la jurisdicción de la Corte, y la admisibilidad de la causa de conformidad con lo previsto en los artículos 17, 18.7 y 19 del Estatuto³⁸⁷.

Respecto a los conflictos surgidos en relación con las solicitudes de entrega, la ley, en los términos del estatuto, previó el mecanismo de las consultas entre el Estado argentino y la CPI, para canalizar las controversias derivadas de la falta de requisitos en las detenciones o entregas (Art. 30 y 39 L 26.200/07). Las diferencias pueden surgir en razón a que las medidas de cooperación requeridas estén prohibidas por un principio fundamental de derecho existente en la legislación interna, que sea de aplicación general (Art. 41 L 26.200/07).

2.5.1.2. En el sistema peruano, las relaciones entre la Corte y el Estado para efectos de cooperación se desarrollan a través de la Fiscalía de la Nación³⁸⁸, con el apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores³⁸⁹, y la intervención de la Corte Suprema como órgano consultivo en materias relacionadas con la libertad. La Fiscalía, como autoridad central de la cooperación, debe informar a la Corte Penal Internacional sobre las normas de derecho interno y los

³⁸⁵ Ibídem artículos 30 y 40

³⁸⁶ Ibídem artículo 47.

³⁸⁷ Ibídem artículo 26

³⁸⁸ Dentro de la estructura constitucional peruana, la Fiscalía de la Nación pertenece al Ministerio Público (Constitución de la República del Perú, art. 158).

³⁸⁹ Las solicitudes de cooperación serán recibidas por vía diplomática, y remitidas inmediatamente a la Fiscalía de la Nación, como autoridad central. También pueden cursarse directamente a la Fiscalía de la Nación, quien las comunicará al Juez de la Investigación Preparatoria (art. 555 Decreto legislativo 957 de 2004).

requisitos necesarios para el debido cumplimiento de los actos de cooperación.

De conformidad con lo previsto en el artículo 97 ECPI, este modelo, contempla el mecanismo de la consulta con la Corte, como medio para resolver los problemas que puedan obstaculizar el trámite de una solicitud de cooperación emitida por el órgano internacional. También en consonancia con los parámetros sentados en el ECPI³⁹⁰, la regulación peruana prevé como únicas causales para negar una solicitud de cooperación proveniente de la CPI: (i) la vulneración de una norma de orden público y un principio fundamental del derecho; y (ii) que la divulgación de pruebas, documentos o informaciones pueda poner en riesgo la seguridad nacional o se trate de secretos de Estado.

2.5.1.3. En el modelo de implementación uruguayo, las relaciones con la Corte Penal Internacional se desarrollarán mediante la intervención de instancias pertenecientes a la rama ejecutiva y judicial, radicando en esta última toda la potestad decisoria. Así, el poder ejecutivo, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores ejerce la representación del Estado ante la CPI³⁹¹, en tanto que el Ministerio de Comunicación y Cultura actúa como autoridad central de comunicación entre el Estado y el tribunal internacional. A la Suprema Corte de Justicia se le adscribe un papel relevante, comoquiera que deberá conceptuar en materias especialmente sensibles en las relaciones entre las autoridades nacionales y el organismo internacional, pero también en asuntos aparentemente ordinarios³⁹². En este sentido, deberá pronunciarse (positiva o negativamente³⁹³) sobre las solicitudes de

³⁹⁰ Artículo 93 numerales 3 y 4.

³⁹¹ Uruguay, Ley 18.026. Artículo 32.

³⁹² Las notificaciones y citaciones a los testigos y peritos, se efectuarán personalmente, por los medios que determine la Corte Suprema de Justicia, quien comisionará a un órgano jurisdiccional teniendo en cuenta el domicilio del citado. Así mismo la Corte Suprema de Justicia informará al poder ejecutivo sobre la comparecencia voluntaria de la persona, quien a su vez lo comunicará a la Corte Penal Internacional (Ibíd. Arts. 66.2, 66.3 y 70.6).

³⁹³ En relación con las causas para negarse a dar curso inmediato a una solicitud de asistencia de la Corte Penal Internacional se reproducen las prescritas en el ECPI, a saber, cuando: (i) la divulgación de la información pueda afectar intereses de la seguridad nacional (Art. 72 ECPI); (ii) con el suministro de la información se contraviniera un principio jurídico fundamental de aplicación general (Art. 93.pár. 3 ECPI); (iii) el cumplimiento inmediato de la solicitud pudiere interferir con una investigación o enjuiciamiento distinto de aquél al que refiere la solicitud (Art. 94 pár. 1 ECPI).

asistencia y cooperación emanadas de la CPI³⁹⁴; autorizar al poder ejecutivo para impugnar la jurisdicción de la Corte o la admisibilidad de la causa³⁹⁵; estudiar una petición de detención (provisional o definitiva) y de entrega de una persona a la CPI; adoptar medidas para garantizar la ejecución de una orden de comparecencia emitida por el tribunal internacional; decidir sobre las solicitudes concurrentes de entrega a la Corte, y de extradición a un Estado; y formular la solicitud de inhibición de investigación al Fiscal de la Corte.

2.5.2. La regulación para hacer posible la entrega de personas a la Corte

2.5.2.1. Para efectos de captura, detención y entrega de una persona a la Corte Penal Internacional, la legislación argentina sigue de cerca los lineamientos trazados sobre el particular en el artículo 59 del ECPI. En consecuencia, corresponde a la autoridad judicial ejecutar la orden³⁹⁶, previa verificación en audiencia de que la misma le es aplicable al capturado, que la detención se llevó a cabo conforme al derecho y que se han respetado todos los derechos al imputado. En este acto se informará al capturado del contenido de la orden y de su derecho a solicitar la libertad provisional³⁹⁷.

También se prevé en esta legislación de implementación la hipótesis de las solicitudes concurrentes de entrega y extradición respecto del mismo individuo, aspecto al que le concede particular importancia el artículo 90 del ECPI. Ante tal eventualidad el poder ejecutivo notificará a la Corte y al Estado o a los Estados requirentes el hecho, y adoptará una decisión conforme a las pautas dispuestas en el artículo 90 del Estatuto³⁹⁸ y, cuando

³⁹⁴ El poder ejecutivo podrá formular observaciones durante el trámite ante la Corte Suprema de Justicia (Ley 18.026. Art. 42.4).

³⁹⁵ *Ibíd.* Artículos 44.1, 45, 46 y 47.

³⁹⁶ República de Argentina. Art. 31 L 26.200 de 2007.

³⁹⁷ De conformidad con lo previsto en el artículo 59.3 a 59.7 del ECPI, la determinación sobre la libertad provisional de la persona detenida con fines de entrega es potestativa de la autoridad judicial nacional, quien para el efecto, tomará en consideración la gravedad de los crímenes, la concurrencia de circunstancias urgentes y excepcionales que justifiquen la libertad provisional, y si existen las salvaguardias necesarias para garantizar la entrega a la Corte. No obstante deberá comunicar a la Corte acerca de la solicitud de libertad y tomar en cuenta las recomendaciones que esta realice sobre su concesión.

³⁹⁸ De acuerdo con el artículo 90 ECPI la prioridad corresponde a la CPI tratándose de un Estado Parte, siempre que aquella haya declarado la admisibilidad de la causa y para el efecto hubiere tenido en cuenta la investigación o enjuiciamiento a que se refiere la solicitud de extradición. Si la decisión de admisibilidad no se ha producido, el Estado requerido tiene la potestad de dar curso a la solicitud de extradición, pero su ejecución quedará en suspenso hasta que se decida en la Corte sobre la

corresponda, a lo establecido en las Reglas de Procedimiento y Prueba. De decidirse la cuestión a favor de la Corte se continuará con el trámite previsto en la ley de cooperación; de lo contrario la entrega se realizará según lo establecido en el tratado de extradición correspondiente.

2.5.2.2. La legislación de cooperación peruana, acogiendo a la cláusula convencional³⁹⁹ que establece que estas materias se regirán por el derecho interno del Estado Parte que hubiere recibido la solicitud, y por la parte IX del ECPI, contempla una minuciosa regulación respecto de la detención provisional⁴⁰⁰, la libertad provisional⁴⁰¹, y la entrega de un imputado ante la Corte, e introduce fuertes controles y salvaguardias a los derechos del capturado para el desarrollo de estos actos de cooperación.

En cuanto a lo primero, asigna a diferentes órganos estatales, con primacía de la autoridad judicial, tres controles frente a una solicitud de entrega y extradición, así: *i)* el juez de instrucción de la investigación preliminar estudiará los requisitos formales de la entrega y ejecutará la orden de detención⁴⁰²; *ii)* la Suprema Corte de Justicia emitirá un concepto de fondo

inadmisibilidad. Tratándose, el requirente, de un Estado no parte, y la Corte ha determinado la admisibilidad de la causa, el Estado requerido dará prioridad a la entrega, si no estuviere obligado por una norma internacional a conceder la extradición. Si en este último evento la Corte no ha declarado la admisibilidad, el Estado requerido podrá discrecionalmente dar curso a la solicitud de extradición.

³⁹⁹ Artículo 59 del Estatuto de Roma.

⁴⁰⁰ Se trata de una medida de urgencia, previa a la presentación por la Corte de la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen (Arts. 91 y 92 ECPI).

⁴⁰¹ Norma de implementación peruana (Decreto Legislativo 957 de 2004) Artículo 559 y 560.

⁴⁰² La solicitud de entrega deberá ir acompañada de la orden de detención, con los documentos previstos en el artículo 91 del ECPI, y dirigida al Juez de la Investigación Preliminar del lugar donde se encuentre el requerido, con conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema (Art. 557 D. Ley 957). Verificados estos requisitos formales el funcionario jurisdiccional competente de la Investigación Preparatoria ejecutará mandato de detención. Efectuada la detención, el Juez de la Investigación Preparatoria, con citación al Fiscal Provincial, e informando a la Fiscalía de la Nación, le tomará declaración al capturado, enterándole de los motivos de la detención y de los detalles de la solicitud de entrega, y proporcionándole copia de la misma traducida a un idioma que la persona detenida hable y comprenda perfectamente (Regla 187, RPP). Le hará saber del derecho a nombrar un defensor, en su defecto si no puede hacerlo se le designará uno de oficio (art. 557 No 3 *Ibíd.*). El Juez de la Investigación Preparatoria fijará una audiencia pública, con citación del requerido, su defensor, el Fiscal Provincial, el representante que nombre la Corte Penal Internacional y, de ser el caso, el mandatario que designe la embajada del país del que es nacional el detenido (Art. 557 No 4 *Ibíd.*). En la mencionada audiencia los intervinientes podrán presentar pruebas, cuestionar o apoyar las que aparezcan en el expediente de entrega, alegar la pertinencia o la impertinencia, formal o material, de la solicitud de entrega, o cuanto motivo a favor de sus pretensiones. Finalizada la audiencia, se remitirá el expediente a la Corte Suprema, con notificación al Fiscal Supremo, con el propósito de que en la Sala

que resulta vinculante, en la medida que si no hay concepto favorable de este órgano la entrega no se podrá llevar a cabo; (iii) El Consejo de Ministros emitirá la suprema orden, conforme lo hayan indicado los órganos jurisdiccionales⁴⁰³.

En cuanto a lo segundo, regula con minuciosidad lo concerniente a las garantías del procesado, los términos, el derecho de defensa, de audiencia, a solicitar la libertad provisional, así como el aseguramiento de las condiciones que garanticen una futura entrega a la Corte (impedimento de salida del país, retención de pasaporte, entre otras)⁴⁰⁴.

Penal del máximo órgano jurisdiccional, se realice una audiencia con el fin de que se emita resolución consultiva sobre la entrega solicitada por la CPI.

⁴⁰³ La decisión sobre la entrega se producirá mediante Resolución Suprema emitida por el Consejo de Ministros, la cual será puesta en conocimiento de la Fiscalía de la Nación y la Corte Penal Internacional por la vía diplomática. Si la resolución consultiva de la Corte Suprema opta por la negación de la entrega, así lo declarará el Poder Ejecutivo. (Art. 558 *Ibíd.*).

⁴⁰⁴ República de Perú. **D.L. 957/04. Artículo 559 Plazo de la detención y libertad provisional.**- “1. La detención, en ningún caso, puede exceder de noventa días. Vencido el plazo sin haber resuelto la solicitud de entrega, se dispondrá por la autoridad judicial su inmediata libertad, sin perjuicio de imponer las medidas restrictivas o de control que discrecionalmente se acuerden; asimismo, se dictará mandato de impedimento de salida del país y se retendrá su pasaporte. //2. El detenido puede solicitar libertad provisional ante el órgano jurisdiccional que, en ese momento, conozca de la solicitud de entrega. Presentada la solicitud, la autoridad judicial dará cuenta de la misma a la Fiscalía de la Nación, la que se comunicará con la Corte Penal Internacional para que dé las recomendaciones necesarias. //3. El órgano jurisdiccional, para resolver la solicitud de libertad provisional tendrá en consideración las recomendaciones de la Corte Penal Internacional. Ésta será concedida si se presentan circunstancias que la justifiquen y si existen garantías suficientes para la realización de la entrega. En este caso se dictará mandato de impedimento de salida del país y se retendrá el pasaporte del requerido, sin perjuicio de otras medidas de control que el Juez discrecionalmente acuerde para impedir la fuga y asegurar la realización de la entrega. Se seguirá, en lo pertinente, el trámite previsto para la cesación de la prisión preventiva”.

Artículo 560 Detención provisional con fines de entrega.- “1. A solicitud de la Corte Penal Internacional, el Juez de la Investigación Preparatoria, cumplidos los requisitos que establece el artículo 92 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dictará mandato de detención provisional con fines de entrega. //2. El detenido será puesto en libertad si la Fiscalía de la Nación no hubiese recibido la solicitud de entrega y los documentos que correspondan en el plazo de sesenta días de la fecha de detención. //3. El detenido provisionalmente podrá consentir en su entrega antes de que transcurra el plazo estipulado en el numeral anterior. //4. Ejecutada la detención provisional, el Juez de la Investigación Preparatoria oír a la persona detenida en el plazo de veinticuatro horas, y le designará abogado defensor de oficio, si aquél no designa uno de su confianza. La detención cesará si se comprobare que el detenido no es la persona reclamada.

5. El detenido liberado porque no se presentó a tiempo la solicitud de entrega, puede ser nuevamente detenido, si la solicitud de entrega y los documentos que lo juzgan fuesen recibidos en una fecha posterior”.

Adicionalmente, se contempla explícitamente la posibilidad de que el detenido, impugne ante la autoridad judicial nacional la orden de detención y entrega, oponiendo la excepción de cosa juzgada⁴⁰⁵, cuyo trámite, siguiendo la norma internacional está condicionado a que la Corte no hubiere proferido una decisión de admisibilidad⁴⁰⁶.

Para resolver una situación de concurrencia de una solicitud de entrega⁴⁰⁷ emitida por la Corte Penal Internacional, y un requerimiento de extradición, proveniente de otro Estado, referidas a la misma persona y respecto de la misma conducta que constituya la base del crimen en razón del cual la Corte ha pedido la entrega, la ley de cooperación peruana recurre al mecanismo de las consultas y a los parámetros establecidos en el artículo 90 del ECPI⁴⁰⁸. Por consiguiente, en tal evento, la decisión sobre la demanda de extradición quedará en suspenso, hasta tanto se resuelva la solicitud de entrega⁴⁰⁹, dando así prelación a esta última.

⁴⁰⁵ Hipótesis regulada en el artículo 89.2 del ECPI.

⁴⁰⁶ Perú. D.L. 957 de 2004. Artículo 557 numeral 7°.

⁴⁰⁷ La norma peruana de implementación reafirmó la diferencia que existe entre entrega y extradición, que aquella solo podrá ser solicitada por la Corte Penal Internacional. Por lo tanto, se encuentra fuera de las reglas fijadas por Estatuto y el monopolio de su demanda radica en cabeza de los Estados. Así se estableció un trámite diferente en la extradición y en la entrega regulada en diferentes capítulos del mismo código procesal. De esta manera, la extradición se regula en la sección II; la entrega en el título II de la sección VII.

⁴⁰⁸ De conformidad con el artículo 90 ECPI, frente a la concurrencia de solicitudes de entrega y extradición relativas a la misma persona, y a la misma conducta, si el Estado requirente en la extradición es Parte, el Estado requerido dará prioridad a la solicitud de la Corte, cuando ésta; (i) haya decidido que la causa es admisible, y para el efecto haya tenido en cuenta la investigación o el enjuiciamiento que lleva a cabo el Estado requirente con respecto a la extradición; o (ii) haya decidido la admisibilidad como consecuencia de la notificación efectuada a la Corte por el Estado requerido en la solicitud de extradición. Si no se hubiere adoptado la decisión sobre admisibilidad, por parte de la Corte, el Estado requerido tendrá la discrecionalidad de dar curso a la extradición, pero no la hará efectiva hasta que la Corte haya resuelto la inadmisibilidad. Cuando el Estado requirente no es Parte del ECPI, el Estado requerido dará prioridad a la solicitud de entrega efectuada por la Corte, si ésta ya ha determinado que la causa era admisible, y aquél no estuviere obligado a conceder la extradición al Estado requirente por alguna norma internacional. Si por el contrario, la Corte no se ha pronunciado sobre la admisibilidad de la causa, el Estado requerido puede decidir discrecionalmente si concede o no la extradición. (Decreto Legislativo 957 de 2004, Art.561).

⁴⁰⁹ La solicitud de detención y entrega de una persona respecto de la cual la Sala de Cuestiones Preliminares haya dictado una orden de detención, de conformidad con el artículo 58 deberá contener los elementos siguientes o ir acompañada de: a) Información suficiente para la identificación de la persona buscada y datos sobre su probable paradero; b) Una copia de la orden de detención; y c) Los documentos, las declaraciones o la información que sean necesarios para cumplir los requisitos de procedimiento del Estado requerido relativos a la entrega. Sin embargo, esos requisitos no podrán ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición conforme a tratados o acuerdos celebrados por el Estado requerido y otros Estados y, de ser posible, serán menos onerosos, habida cuenta del carácter específico de la Corte. II. La solicitud de detención y entrega del condenado deberá contener los siguientes elementos o ir acompañada de: a) Copia de la orden de detención dictada en su contra; b) Copia de la sentencia condenatoria; c) Datos que demuestren que la persona buscada es

La legislación de implementación peruana, hace un amplio uso de la regla establecida en el ECPI, sobre la sujeción de la detención y entrega al procedimiento establecido para el efecto en el Estado Parte; introduce una regulación minuciosa en la que se advierte un particular celo por los derechos del capturado, una fuerte percepción de la jurisdicción de la CPI, como instancia de *última ratio*, así como una pretensión de asimilación del procedimiento de entrega, al de extradición.

2.5.2.3. Con una menor densidad regulatoria, pero con similares preocupaciones por las garantías del capturado, el legislador uruguayo prevé la judicialización del trámite de detención y entrega de una persona a la CPI, en el que debe mediar el concepto previo de la Corte Suprema de Justicia sobre el respeto de los derechos del imputado⁴¹⁰; la posibilidad para el afectado de impugnar la entrega en virtud de la existencia de cosa juzgada y de litispendencia ante un tribunal nacional⁴¹¹; un término máximo de privación de la libertad en el Estado requerido, que no podrá exceder de 120 días⁴¹².

2.5.3. Los mecanismos de cooperación para la asistencia judicial

Vistas las regulaciones de Argentina, Perú y Uruguay sobre la asistencia judicial a la Corte Penal Internacional, hay tres aspectos que merecen ser destacados.

2.5.3.1. La técnica usada para introducir la regulación sobre asistencia. Mientras que en la norma argentina, para efectos de las condiciones y formas en que se llevarán a cabo las medidas requeridas por la Corte, remite

aquella a la que se refiere la sentencia condenatoria; y d) Si la persona que se busca ha sido ya condenada, copia de la sentencia y, en el caso de una pena de reclusión, una indicación de la parte de la pena que se ha cumplido y de la que queda por cumplir. (Ibíd. Arts. 557 a 560).

⁴¹⁰ República de Uruguay. Ley 18.026 de 2006. Artículos 48.3 y 48.5. Producida la aprehensión se llevará a cabo audiencia de control de garantías, en la que se informará a la persona privada de la libertad los motivos de su detención y entrega; sus derechos, incluidos la presunción de inocencia y el de no autoincriminación; el procedimiento de entrega ante la CPI establecido en el ER; la prerrogativa a designar un defensor y de no hacerlo el derecho a que se le designe uno de oficio, y a contar con un intérprete si el detenido se expresa en un idioma distinto al español.

⁴¹¹ Ibíd. Artículos 53.1 y 53.4. La aceptación de la impugnación, de conformidad con lo establecido en el artículo 89 pár. 2 del ECPI, está condicionada a que no se haya producido decisión sobre la admisibilidad de la causa en el tribunal internacional.

⁴¹² Ibíd. Artículo 56.

al Estatuto de Roma, a las Reglas de procedimiento y prueba y al derecho interno sobre la materia, las legislaciones peruana y uruguaya, desarrollan una específica y minuciosa regulación.

En este sentido la legislación peruana incorporó una amplia gama de materias, en tanto que además de los actos de cooperación previstos en el artículo 93 ECPI, hace referencia a otra serie de diligencias estipuladas en otros instrumentos de cooperación internacional, tales como la entrega vigilada, los embargos, incautaciones o secuestros de bienes ilícitos; la inmovilización de activos; los registros domiciliarios, los allanamientos; el control de comunicaciones; la identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito, y otras medidas limitativas de derechos⁴¹³. La norma uruguaya es igualmente prolija en regulación específica: las solicitudes de cooperación y asistencia son canalizadas en su totalidad a través de la Suprema Corte de Justicia, y se tramitan de conformidad con el ordenamiento jurídico interno. Las medidas cautelares personales pueden extenderse a los derechos reales sobre objetos o documentos que estén en poder de la persona requerida, constituyan elementos probatorios del delito, instrumentos para su comisión o efectos provenientes del mismo. La entrega de estos elementos a la Corte se producirá en la misma resolución que ordene la entrega de la persona, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe⁴¹⁴.

2.5.3.2. Un segundo aspecto al que se confiere particular atención en estas regulaciones, es el relativo a las causales que originan una negativa o aplazamiento de una solicitud de asistencia de la CPI. La ley de implementación argentina, siguiendo la regla establecida en el artículo 93.4 del ECPI, prevé como única justificación para negar un requerimiento de esta naturaleza, el que recaiga sobre documentos o pruebas que afecten la seguridad nacional, conforme lo defina el Congreso a través de ley.⁴¹⁵

La ley de implementación peruana se muestra mucho más cautelosa en la prestación de cooperación a la Corte, presentando en forma conjunta “las

⁴¹³ Op. cit. Decreto Legislativo 957 de 2004. Artículo 511.

⁴¹⁴ República del Perú. Ley 18.026. Artículo 52.

⁴¹⁵ República del Uruguay. Ley 26.700/07. Artículo 42.

causales de aplazamiento o negativa” de una solicitud de asistencia⁴¹⁶. Relaciona como tales: (i) la existencia de solicitudes de asistencia judicial concurrentes de un Estado y de la CPI, lo cual dará lugar a la suspensión de trámite, y a la celebración de consultas con la Corte y con el Estado requirente a fin de dar cumplimiento a las dos peticiones⁴¹⁷; (ii) el estar siendo impugnada la decisión de admisibilidad de la causa proferida por la Corte; (iii) cuando la ejecución de la petición, conforme a sus propios términos, estuviere en aparente conflicto con una obligación asumida por Perú con otro Estado, por medio de un tratado; (iv) cuando la ejecución del acto de cooperación interfiera en una investigación o enjuiciamiento en curso de un hecho distinto del que es materia de la solicitud de la Corte Penal Internacional. Por lo tanto, podrá aplazarse su práctica por el tiempo que se acuerde con la Corte Penal Internacional en las consultas sesionadas; (v) cuando implique la divulgación de información confidencial que afecte la defensa o la seguridad nacional.

Por su parte, la norma de implementación uruguaya, establece como causales para negar una solicitud de asistencia de la CPI, la afectación de intereses de seguridad nacional; la contravención de un principio fundamental del sistema jurídico interno; o la violación de una obligación preexistente internacional contraída por el Estado mediante un tratado, o de una inmunidad de un Estado, de un bien, o diplomática de una persona⁴¹⁸. Una vez acaecidas éstas, *“se suspenderá el trámite de cooperación o asistencia y el poder ejecutivo lo comunicará y realizará las consultas pertinentes con la Corte Penal Internacional o sus órganos, quien resolverá de conformidad con el Estatuto de Roma”*⁴¹⁹. Cabe recordar que de conformidad con el ECPI la única causal que se establece para la denegación de asistencia por parte de un Estado, es la de afectación de los intereses de seguridad nacional⁴²⁰, las demás circunstancias constituyen causales de aplazamiento que se tramitarán por la vía de las consultas con la

⁴¹⁶ Artículo 564.

⁴¹⁷ Estatuto de Roma Artículo 93.9.

⁴¹⁸ *Ibíd.* Artículo 44.5.

⁴¹⁹ *Ibíd.* Artículo 46.1.

⁴²⁰ Estatuto de Roma, artículos 93.4 y 72. En este último precepto se regula la protección a información que afecte la seguridad nacional. La persistente negativa del Estado y la insistencia de la Corte en la necesidad de la información, puede llevar la disputa a la Asamblea de Estados Partes, o al Consejo de Seguridad si éste hubiere remitido el caso, para que se impongan las medidas consecuentes con un incumplimiento del deber de cooperar (Art.87.7 ECPI).

Corte a efecto de ajustar la petición a las observaciones que formule el Estado.

2.5.3.3. Un tercer aspecto relativo a la asistencia, al que brindan particular atención las regulaciones examinadas, es el concerniente a la práctica de diligencias de investigación por parte del Fiscal de la Corte, en el territorio estatal. Sobre el particular la regulación argentina prevé la facultad del Fiscal de la Corte para ejecutar, directamente, en el territorio argentino una solicitud de asistencia de conformidad con el artículo 99.4 del ER, limitándola a aquellas que no requieran medidas coercitivas.

La norma de implementación peruana concede particular relevancia a este tópico, al punto que de manera independiente regula la cooperación que prestarán las autoridades peruanas al Fiscal de la Corte Penal Internacional cuando éste, en desarrollo de las atribuciones que le señala el artículo 54.2 del ECPI⁴²¹, practique diligencias de investigación en el territorio peruano. De manera general, para efectos del alcance de esta competencia de la Fiscalía de la CPI, la norma de implementación remite al Estatuto de Roma⁴²², y condiciona la ejecución de dichas medidas a la participación activa del Ministerio Público (Fiscalía de la Nación) y a que no se afecten derechos y garantías contempladas en la legislación peruana⁴²³.

⁴²¹ “(...) El Fiscal podrá realizar investigaciones en el territorio de un Estado: a) De conformidad con las disposiciones de la parte IX; o b) Según lo autorice la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 d) del artículo 57”. Esta última norma regula la autorización al fiscal por parte de la SCP para adoptar medidas de investigación en el territorio de un Estado Parte, cuando “*dicho Estado manifiestamente no está en condiciones de cumplir una solicitud de cooperación debido a que no existe autoridad u órgano alguno de su sistema judicial competente para cumplir una solicitud de cooperación con arreglo a la parte IX*”. (Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 57.3.d.).

⁴²² **Artículo 563.** “1. El Fiscal de la Corte Penal Internacional, de conformidad con el artículo 54 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, podrá solicitar los actos de cooperación previstos en el artículo anterior, que se tramitarán y ejecutarán conforme a las reglas establecidas en dicha norma. En todo caso, antes de solicitar formalmente el acto de coordinación consultará con la Fiscalía de la Nación, a fin de establecer las condiciones de operatividad y eficacia de la solicitud que pretenda. 2. El Fiscal de la Corte Penal Internacional podrá realizar en territorio nacional las diligencias de investigación que considere conveniente y se encuentren autorizadas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. A este efecto, cursará la solicitud de cooperación a la Fiscalía de la Nación, la cual previas coordinaciones con aquélla, la derivará al Juez de la Investigación Preparatoria del lugar donde debe realizarse la diligencia, la cual previo traslado al Fiscal y a los interesados debidamente personados, decidirá luego de la vista de la causa en el plazo de cinco días. La decisión es recurrible con efecto suspensivo ante la Sala Penal Superior. Rige lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 532”.

⁴²³ Artículo 563. 3. “Si se acepta la solicitud de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, en tanto se cumplan los presupuestos y las condiciones establecidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, su ejecución está condicionada a que no se afecten derechos y garantías consagrados por el ordenamiento jurídico peruano. En caso afirmativo, prestará a la autoridad extranjera el auxilio

2.5.4. La cooperación en materia de ejecución de sentencias.

2.5.4.1. En cuanto hace a la cooperación prevista en la parte X del ECPI, ejecución de la pena, el legislador argentino una vez más acude a su técnica de remisión al Estatuto de Roma, sin que incorpore condiciones o limitaciones específicas a esta forma de cooperación. En tal sentido, prevé que el órgano delegado para la ejecución de las sentencias condenatorias impuestas por la Corte, es el Servicio Penitenciario Federal, que llevará a cabo esta labor *“conforme las reglas del Estatuto de Roma y las normas establecidas en el Código Procesal Penal de la Nación”*⁴²⁴.

Cuando la petición de ejecución de la CPI sea una multa, orden de decomiso o de reparación, el poder ejecutivo remitirá la documentación pertinente al órgano judicial competente para que inste la ejecución y en su caso, se pongan a disposición del Gobierno los bienes o sumas obtenidas, para su transferencia a la Corte.

2.5.4.2. La legislación peruana, pese a que se remite para efectos de esta forma de cooperación a futuros acuerdos entre el Estado peruano y la Corte Penal Internacional, establece un marco en el que básicamente impone unos límites, restringiéndola a los condenados de nacionalidad peruana. Condiciona además esta cooperación a la emisión de un informe favorable por parte de la Fiscalía de la Nación y a una resolución Suprema del Sector Justicia con aprobación del Consejo de Ministros⁴²⁵.

Siguiendo de cerca los parámetros establecidos en el artículo 105 del ECPI, se prevé la incompetencia de las autoridades nacionales de ejecución de sentencias para introducir modificación alguna a la sentencia, por ende *“todo pedido de revisión, unificación de penas, beneficios penitenciarios, traslado para la detención en otro país y otros incidentes de ejecución, así como los recursos, son de competencia exclusiva de la Corte Penal Internacional. El interno podrá dirigir los pedidos a la Fiscalía de la Nación, órgano que los*

que requiere para el cumplimiento de dichas diligencias. El Ministerio Público será citado y participará activamente en el procedimiento de ejecución”.

⁴²⁴Ibídem artículo 48.

⁴²⁵ República del Perú. Decreto Legislativo 957 de 2004. Artículos 565 y 566 Ibídem.

*trasladará inmediatamente a la Corte Penal Internacional*⁴²⁶. Sin embargo, en caso de fuga del condenado, se dará aviso a la Corte Penal Internacional, a través de la Fiscalía de la Nación, que iniciará consultas para proceder con arreglo al artículo 111° del Estatuto de la Corte Penal Internacional⁴²⁷.

Respecto a las sanciones de multa y decomiso de bienes, impuestas por la Corte Penal Internacional podrán ser ejecutadas por la jurisdicción nacional, a través del juez de la investigación correspondiente, quien actuará a petición del fiscal.

2.5.4.3. Por su parte el legislador uruguayo delega esta función al poder ejecutivo, e introduce dos condiciones a esta forma de cooperación⁴²⁸. De un lado, la limita a los condenados de nacionalidad uruguaya, y de otro, a que el tiempo de condena no exceda de 30 años de prisión, límite máximo previsto en el sistema interno para las penas privativas de la libertad⁴²⁹.

A continuación se realizará un balance acerca de lo que ha sido la experiencia de implementación en el continente americano, con énfasis en dos aspectos: en qué medida se ven proyectadas las funciones adscritas al principio de complementariedad en esa experiencia, y el nivel de satisfacción de las necesidades de implementación.

2.6. Balance. Verificación del grado de cumplimiento de las funciones adscritas a la complementariedad, y el nivel de satisfacción las exigencias de implementación, en la experiencia de América.

2.6.1. Panorama general. El grado de disposición política para aceptar e interactuar con un modelo de justicia que exige el compromiso y la acción de los Estados, se ve determinado por los siguientes aspectos:

⁴²⁶ *Ibídem*, artículo 566

⁴²⁷ De conformidad con esta norma la evasión de un recluso autoriza al Estado cooperador a solicitar la entrega al Estado receptor, bajo los convenios bilaterales o multilaterales de cooperación vigentes, o solicitar a la Corte que tramite la entrega de conformidad con la Parte IX del ECPI.

⁴²⁸ El artículo 103 b) del ECPI prevé que *“En el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá poner condiciones a reserva de que sean aceptada por la Corte y estén de conformidad con la presente parte”*.

⁴²⁹ República de Uruguay. Ley 18.026 de 2066. Artículo 71.2, c.c. con los artículos 103 a 111 del ECPI.

La mayoría de los Estados Partes han asumido frente a esta opción de justicia internacional, una postura formal y diplomática, en cuanto han entendido que la sola firma y ratificación del tratado resultan suficientes para mostrar una disposición política favorable a la Corte Penal Internacional.

Se advierten todavía posturas que reflejan temor por lo que consideran costos de soberanía, autonomía judicial e independencia, frente a la eventual activación de la jurisdicción internacional. Estas reservas se identifican explícitamente en la postura ecuatoriana, mexicana y más veladamente en la chilena, países que defienden abiertamente su jurisdicción prevalente; y probablemente incidan en que muchos de los Estados no hayan desarrollado acciones de implementación.

Se identifica un efecto inhibitorio frente a la implementación, derivado de la política de oposición desplegada por los Estados Unidos, comoquiera que los compromisos que adquieren bajo presión a través de los ABI, resultan abiertamente incompatibles con los deberes de cooperación que impone la condición de Estado Parte del Tratado de Roma. Esto explica que ninguno de los Estados que han firmado los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad con Estados Unidos, ha desarrollado trabajos de implementación del tratado.

Las posturas más claras y coherentes con la posición de Estado Parte del tratado, se identifican en las experiencias canadiense, argentina, costarricense, chilena y uruguaya. En menor medida Perú, comoquiera que se limitó a una implementación procesal, que lo coloca en posición de cooperar con la Corte, pero desaprovechó la oportunidad para adecuar su sistema penal sustantivo a los requerimientos específicos, que le impone el principio de complementariedad.

2.6.2. En cuanto a las técnicas utilizadas por los países del continente americano para introducir en sus sistemas penales los tipos penales de competencia de la CPI, se advierte:

Una notable apertura hacia el derecho internacional, incluso el consuetudinario, aún en sistemas jurídicos influenciados por la tradición jurídica continental, como es el caso de Argentina, Chile, Costa Rica y Uruguay. Esta tendencia se identifica con mayor énfasis en el caso

canadiense, lo cual resulta plenamente explicable, dada la influencia del derecho anglosajón en su sistema jurídico.

El componente de armonización que aportan las frecuentes referencias tanto al Estatuto de Roma, como a las convenciones internacionales de derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario, se matiza con la inclusión de especificidades marcadas por la experiencia histórica, como la tipificación de categorías de crímenes de lesa humanidad y de guerra, calificadas por la condición de agente estatal del sujeto activo (Chile y Uruguay).

Se identifica una tendencia a admitir la prisión perpetua para las modalidades más graves de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra. (Canadá, Argentina y Chile).

2.6.3. La creación de categorías de imputación acordes con la especial naturaleza de los crímenes internacionales, fue un asunto desestimado en la mayoría de las legislaciones observadas, por lo que para el efecto habrá que remitirse a la parte general de la legislación penal ordinaria. Este es el caso de Argentina⁴³⁰, Uruguay⁴³¹ y Costa Rica⁴³².

2.6.4. Se advirtió la tendencia en los países de América a incluir en la regulación de implementación el principio de jurisdicción universal caracterizado por los siguientes rasgos: *(i)* se contempla como subsidiario de la jurisdicción que se atribuye a la CPI, lo que quiere decir que se inserta en el ámbito de la complementariedad; *(ii)* está específicamente referido a los crímenes de competencia de la CPI, lo cual resulta compatible con la consideración de que este instrumento contiene la versión más acabada y consensuada sobre el alcance del concepto de crimen internacional; *(iii)* condiciona el ejercicio de la jurisdicción universal a la presencia del imputado

⁴³⁰ El Código Penal Argentino, prevé en la parte general las formas de participación tradicionales en el delito como son la autoría, coautoría y complicidad (República de Argentina, Código Penal, modificado por Leyes 25.326, 25.601 y 25.602, Título VII, artículos 45 – 49).

⁴³¹ Los artículos 59 a 62 de la Ley 9.155 de diciembre 4 de 1933, por la cual se expidió el Código Penal Uruguayo, contemplan las formas de participación tradicionales (autoría, coautoría y complicidad).

⁴³² Los artículos 45 a 47 de la Ley 4573 de mayo 4 de 1970 (Código Penal de la República de Costa Rica) prevé las categorías clásicas de participación delictiva: autoría, coautoría, instigación y complicidad.

en el territorio del Estado, presupuesto que también recoge la tendencia en el derecho internacional sobre el particular⁴³³.

2.6.5. Se observa que únicamente los modelos de Argentina y Chile acogen el *principio de imprescriptibilidad* referido a la acción y a la pena de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. En el caso de Argentina esta previsión se hace extensiva “a todos aquellos crímenes que llegaren a ser competencia de la Corte Penal Internacional”⁴³⁴. La principal dificultad que enfrentan los sistemas nacionales de justicia para armonizarse en esta materia con el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Art. 29) son la previsiones constitucionales, que suelen establecer de manera general la garantía de la imprescriptibilidad de los delitos y /o de las penas.

2.6.6. En materia de implementación para hacer posible la cooperación con a CPI, se observa:

Los Estados asumen diferentes estrategias para el manejo de las *relaciones* de las autoridades locales con el tribunal penal internacional. En lo que concierne a las decisiones trascendentales como la aceptación o la impugnación de la jurisdicción de la Corte, se observa que en el modelo Argentino se trata de un asunto político que debe ser resuelto por el poder Ejecutivo; en tanto que en el sistema uruguayo corresponde a decisiones altamente judicializadas en las que el concepto de la Suprema Corte de Justicia es determinante; al paso que en Perú la Fiscalía de la Nación juega un papel protagónico, como autoridad central en materia de cooperación. En

⁴³³ “Sea en virtud del derecho internacional general, sea sólo como resultado de las previsiones convencionales, lo que parece claro es que el surgimiento de la obligación de ejercicio de la jurisdicción universal está condicionada a la presencia del presunto responsable en el propio territorio. La práctica y la totalidad de los convenios que contemplan el *aut iudicare aut dedere* y el proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad de la CDI de 1996, reflejan expresamente que tanto la propia obligación principal de extraditar o juzgar, como las accesorias de instituir la jurisdicción o de proceder a una investigación tan solo operan en relación con el supuesto de que <el presunto delincuente se halle> en el territorio del Estado de que se trate. [...] En el fondo, la existencia de este requisito para el surgimiento de la obligación de extraditar o juzgar, obedece a una razón de pura lógica: tanto para que se pueda optar por la entrega a otro Estado, como para que surja la obligación de juzgar, en caso contrario, es imprescindible que el Estado de que se trate haya estado en condiciones de extraditar, lo cual sólo es evidentemente posible cuando sus autoridades, por encontrarse el sospechoso en el propio territorio pueden proceder a su detención”. (SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. *Jurisdicción Universal y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p.p. 268-269.).

⁴³⁴ República de Argentina, Ley 26-200 artículo 11.

las decisiones relativas a la libertad (detención y entrega) en todos los modelos se contempla la judicialización del procedimiento.

En lo que concierne a la *entrega* de personas a la Corte, en la legislación de implementación Argentina se percibe una más fuerte adhesión al Estatuto de Roma en la regulación de la detención y entrega de una persona a la CPI; este solo hecho ya determina una mayor disposición a favorecer una decisión de esta naturaleza, en pro del ejercicio de la jurisdicción internacional. Los espacios de discusión entre el Estado y la Corte, se plantean en esta regulación con mayor minuciosidad en el ámbito de la definición de la jurisdicción (solicitud de inhibición del fiscal, impugnación de la jurisdicción de la Corte), y no en el de la entrega. En contraste, las legislaciones peruana y uruguaya, al contemplar una minuciosa regulación del procedimiento de entrega parecen asumir una posición de mayor favorecimiento a la jurisdicción estatal; no obstante esta inclinación no se ve reflejada también en el ámbito de la definición de la jurisdicción, al que no se le concede mayor importancia.

La regulación de la cooperación en materia de *asistencia*, confirma la postura consistente que se advierte en el legislador argentino en materia de cooperación, caracterizada por una clara adhesión a las reglas del ECPI, una flexibilización de los procedimientos, compatible con una evidente disposición hacia la cooperación. Más cautelosa y mesurada se observa la legislación uruguaya, la cual opta por una minuciosa y pormenorizada regulación de los procedimientos, una notable preocupación por las garantías procesales y por la preservación de los espacios de autonomía e independencia judicial interna. Esta actitud se ve reflejada en el estatus que le da a la cooperación, asignándole esta tarea a la Suprema Corte de Justicia, la filigrana regulativa en materia procedimental con pretensión de abarcar todas las eventualidades posibles, y el tratamiento amplificado de las causales de denegación y aplazamiento de la asistencia. En la legislación peruana, si bien se amplían las hipótesis de cooperación a actuaciones no previstas en el ECPI, y sí en otros instrumentos de cooperación, se percibe una cierta desconfianza hacia la cooperación en las numerosas causales de denegación que prevé, así como en la vigilancia que establece por parte del Ministerio Público, a las diligencias que desarrolle en su territorio, la Fiscalía de la Corte.

En materia de *ejecución de sentencias*, una vez más la técnica de implementación argentina, en tanto se limita a remitir al ECPI para efectos de la cooperación penitenciaria, resulta la más favorable a la cooperación. El condicionamiento en que coinciden los legisladores peruano e uruguayo, de limitar la cooperación a la aceptación de sentenciados nacionales, es compatible con la concepción que se percibe en estas leyes de cooperación, de establecer un estándar fuerte de garantías para los procesados ante la Corte. Sin embargo, podría distanciarse de los fines de la complementariedad de lograr justicia independiente en países que no demostraron capacidad o disposición para actuar de esta manera. El condicionamiento referido al límite en el tiempo de la condena, resulta razonable, particularmente en los sistemas que proscriben la prisión perpetua.

En la reducida experiencia en implementación en América, se advierte una clara pretensión *armonizadora* del derecho penal internacional, en los casos de Canadá y Argentina, países que desarrollan su labor legislativa por remisión o tomando muy de cerca el ECPI, como parámetro de la implementación. En las experiencias, uruguaya, chilena y peruana (procesal), se advierte un notable propósito de *adecuación* para fortalecer garantías procesales, una alta densidad en la regulación procedimental que puede resultar contraproducente para la cooperación, y una mesura frente a la cooperación, la cual se evidencia en la tendencia a rodearla de fuertes controles internos. Estos rasgos se proyectan en que la función *reguladora* de las relaciones entre la CPI y las autoridades locales, atribuida a la complementariedad, se vea más inclinada, en el caso argentino y canadiense a favorecer la cooperación, en tanto que en los casos de Uruguay, Perú y Chile, se advierte una mayor tendencia a potenciar la función de salvaguardia de la soberanía y a enfatizar los límites entre la jurisdicción nacional y la de la CPI.

En cuanto al nivel de satisfacción de las exigencias de implementación, se observa, de manera general, que las legislaciones de cooperación examinadas satisfacen, quizás con exceso de regulación, los ámbitos de la detención y entrega, y la asistencia; en menor medida la ejecución, la cual se defiere a acuerdos posteriores. Con excepción del caso argentino, no se

advierte una clara diferenciación, entre el procedimiento aplicable en la fase de activación de la jurisdicción abstracta de la Corte con miras a definir la admisibilidad; y el proceso estrictamente penal.

3. El proceso de implementación en Europa

3.1. La posición jurídica y política del continente europeo frente al tratado fundacional de la Corte Penal Internacional

El continente europeo se ha caracterizado por desarrollar acciones orientadas a promover una Corte Penal Internacional de alcance global. Cuarenta y dos (42) Estados de este continente son Parte del Tratado de Roma⁴³⁵, en tanto que veintidós (22) de ellos han aprobado leyes de implementación de alcance sustantivo y/o procesal⁴³⁶ a fin de armonizar su sistema normativo con el ECPI y dotar de eficacia y efectividad al instrumento de justicia internacional. Tal es el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, España, Estonia, Francia, Finlandia, Georgia, Islandia, Irlanda, Lichstenstein, Lituania, Países Bajos, Noruega, Eslovenia, el Reino Unido, Serbia, Suecia y Suiza. No obstante, los modelos más completos de implementación que muestran una pretensión de responder a las exigencias de la complementariedad y de la cooperación son: el alemán, el francés, el español, el de Países Bajos, el del Reino Unido y el de la Confederación Suiza.

A continuación, dada la amplia representatividad que esta alianza tiene en el continente europeo, se hará referencia a la postura política y jurídica que ha adoptado la Unión Europea⁴³⁷, frente a la creación y consolidación de la Corte Penal Internacional. Seguidamente se reseñará la postura jurídica y política de los Estados del continente europeo que han sido seleccionados para este análisis. Aunque la mayoría de éstos (con excepción de Suiza) son miembros de la Unión, y por ende su posición frente al tribunal internacional seguramente está influenciada por esa circunstancia, existen datos

⁴³⁵ Sin embargo, no todos los países del continente europeo son Estados Partes del Estatuto de Roma. Este es el caso de la Federación Rusa, Bielorrusia, Ucrania, Armenia, Azerbaiyán, Kirguistán, Turkmenistán, Uzbekistán y Turquía.

⁴³⁶ Coalition for the International Criminal Court. [En línea]. [http://www.iccnw.org/documents/CICCFSRatifications by Region_122_sp.pdf](http://www.iccnw.org/documents/CICCFSRatifications%20by%20Region%20sp.pdf) (Junio 19 de 2013).

⁴³⁷ Comunidad política de derecho constituida en régimen de organización internacional mediante el Tratado de la Unión Europea, el cual entró en vigor el 1° de noviembre de 1993. Su propósito es el de propiciar y promover la integración y la gobernanza en común de los Estados y de los pueblos de Europa. En la actualidad cuenta con 28 Estados miembros. (El portal de la Unión Europea, Funcionamiento/Países. Disponible en: http://europa.eu/index_es.htm. (Consultado el 12 de junio de 2013).

específicos relacionados con su disposición frente a la implementación del Tratado de Roma que resultan relevantes para lograr una visión más completa del ambiente político y jurídico europeo, frente a la efectividad de la Corte Penal Internacional.

3.1.1. La posición de la Unión Europea

Todos los Estados miembros de la Unión Europea han ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁴³⁸. Consecuente con ello, tanto el Parlamento Europeo, como el Consejo de la Unión Europea, se han pronunciado en contra de los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad promovidos por los Estados Unidos, invocando el artículo 98.2 del ECPI, al subrayar que la inmunidad no debe dar paso a la impunidad. En este sentido el Parlamento Europeo en su Resolución de 26 de septiembre de 2002, condenó los acuerdos concluidos con los Estados Unidos, por parte de futuros miembros de la Unión Europea, llegando incluso a considerar que la ratificación de cualquier acuerdo que vaya en detrimento de la aplicación efectiva del Estatuto de Roma, es incompatible con la pertenencia a la Unión Europea.

No obstante, al advertirse por parte del Consejo de la Unión que algunos Estados miembros ya habían concluido tratados bilaterales con los Estados Unidos, estableció, el 30 de septiembre de 2002, unos principios rectores⁴³⁹ que orientaran a los Estados en la realización de tales acuerdos. Esta decisión del Consejo fue interpretada por algunos sectores de opinión⁴⁴⁰ como una claudicación de la Unión Europea a las presiones ejercidas por Washington para lograr expandir en esa región la red de acuerdos bilaterales que venía impulsando en todos los continentes.

La convicción expresada por el Parlamento Europeo en favor de la Corte Penal Internacional fue reafirmada por el Consejo de la Unión Europea en

⁴³⁸ Diario Oficial de la Unión Europea. L.76/56 de marzo 22 de 2011. Decisión 2011/168/PESC del Consejo de 21 de marzo de 2011, considerando 4.

⁴³⁹ En síntesis los principios son los siguientes: Los acuerdos internacionales existentes entre un Estado Parte de la Corte y Estados Unidos deben ser tomados en cuenta; bajo su forma actual, tales acuerdos son contrarios a las obligaciones de los países miembros de la Corte; los acuerdos adoptados deben garantizar que los responsables de un crimen que entra dentro del ámbito de la competencia de la Corte no queden impunes; los acuerdos relativos a la nacionalidad de las personas que no deben volver a presentarse deben afectar exclusivamente a los ciudadanos de los países que no participan en la Corte; las inmunidades de Estado o diplomáticas deben respetarse; los acuerdos solo deben ir dirigidos a las personas presentes en un Estado debido a que han sido enviadas allí por su país de origen; los acuerdos pueden limitarse en el tiempo; los acuerdos deben ser ratificados según los procedimientos constitucionales de cada Estado miembro [Disponible en: <http://www.consilium.europa.eu/documentos>]. (Consultado en Julio 16 de 2013).

⁴⁴⁰ Federación Internacional de los Derechos Humanos: Informe de Posición n° 8 Corte Penal Internacional. No a la Excepción Norteamericana, n° 345/3, p. 12.

varias de sus Posiciones Comunes⁴⁴¹, en las que se comprometió a promover el respaldo universal al Estatuto de Roma, fomentando la participación en el mismo, el apoyo al buen funcionamiento de la Corte, así como el pleno respeto a la integridad del Estatuto. En febrero de 2004, el Consejo de la Unión Europea adoptó una nueva medida orientada a establecer un nuevo Plan de Acción para implementar la última posición común, de junio de 2003 sobre la Corte Penal Internacional⁴⁴².

Asimismo, el Consejo propuso desarrollar un diálogo político profundo con Estados Unidos basado fundamentalmente en el posible retorno de éste al proceso de la Corte; el establecimiento de una cooperación entre Estados Unidos y la Corte en casos concretos; la aplicación de las derogaciones de la ley americana sobre la protección de los miembros de los servicios de Estados Unidos (Ley ASPA).

De otra parte, el 10 de abril de 2006, se firmó un acuerdo entre la Corte Penal Internacional y la Unión Europea⁴⁴³, sobre cooperación y asistencia, el cual incluye, entre otras medidas, el intercambio de información -incluso clasificada-, siempre y cuando se observen determinadas condiciones de seguridad que el mismo acuerdo prevé; suspensión de privilegios e inmunidades respecto de la persona a la que se imputa un delito de competencia de la Corte; respaldo en la formación y asistencia de los magistrados, fiscales, funcionarios y abogados en los trabajos relacionados con la Corte.

El 21 de marzo de 2011 el Consejo de la Unión Europea aprobó la Decisión 2011/168/PESC⁴⁴⁴, relativa a la Corte Penal Internacional. Esta Decisión, se profirió en el marco del Plan de Acción que en febrero de 2004 adoptó el mismo Consejo. Consecuente con los propósitos de este Plan, la Decisión se estructura sobre tres ejes: (i) impulsar el apoyo universal al Estatuto de la Corte Penal Internacional; (ii) garantizar su integridad, independencia y correcto funcionamiento; (iii) favorecer la cooperación con la CPI y apoyar la aplicación del principio de complementariedad.

⁴⁴¹ Posiciones comunes 2001/443/PESC (11 de junio de 2001), 2002/474/PESC (20 de junio de 2002), y 2003/444/PESC (16 de junio de 2003) del Consejo de la Unión Europea sobre la Corte Penal Internacional. PONS RAFOLS, Xavier. La posición común del Consejo relativa a la Corte Penal Internacional. En Revista General de Derecho Europeo. N° 1, (<http://www.iustel.com/revistas>).

⁴⁴² Action Plan to Follow-up On the Common Position on the International Criminal Court (4-2-2004).

⁴⁴³ Unión Europea. Diario Oficial L-11/50 de abril 28 de 2006. Acuerdo entre la Corte Penal Internacional y la Unión Europea sobre cooperación y asistencia. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:115:0050:0056:ES:PDF>. Este acuerdo entró en vigor el 1 de mayo de 2006. (Junio 20 de 2012).

⁴⁴⁴ Unión Europea. Diario Oficial L.76/57. 22.3.2011. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:076:0056:0058:ES:PDF> (Junio 22 de 2012).

En relación con el primer objetivo, la UE y sus Estados miembros, se comprometieron a aumentar la participación en el Estatuto de Roma, proceso que podía ser potenciado en el marco de negociaciones y de diálogos políticos con terceros países u organizaciones regionales. Además, acordaron adoptar iniciativas para promover los valores, los principios y las disposiciones del Estatuto. Para lograr este objetivo, la UE y sus Estados miembros deben cooperar con otros Estados, instituciones internacionales y determinadas organizaciones no gubernamentales.

Los Estados miembros convinieron compartir con los países interesados su experiencia sobre la aplicación del Estatuto de Roma. Aquellos, al igual que la UE, pueden proporcionar ayuda técnica o financiera a dichos países; la ayuda aportada debe facilitar la implementación del Estatuto y su aplicación.

En cuanto al segundo objetivo, vale decir, garantizar la independencia de la CPI, la Unión y sus Estados acordaron animar a los Estados miembros a pagar su contribución al presupuesto de la Corte; respaldar el desarrollo de la formación y de la asistencia de los jueces, fiscales, funcionarios y abogados en los trabajos relacionados con la CPI; y promover la adhesión y ratificación del Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte.

Respecto del tercero, garantizar el funcionamiento efectivo de la Corte, la UE y los Estados miembros se comprometieron a celebrar acuerdos y arreglos *ad hoc* que permitan el funcionamiento efectivo de la CPI.

Finalmente, cabe mencionar que el 17 de noviembre de 2011, el Parlamento Europeo, a través de la Resolución 2011/2109(INI), celebró la adopción de las enmiendas de Kampala al Estatuto de Roma, incluyendo las relativas al crimen de agresión, y llamó a todos los Estados miembros de la Unión Europea a ratificarlas e incorporarlas en su legislación nacional⁴⁴⁵.

De este modo, la Unión Europea, ha mostrado una actitud de aceptación y respaldo a una Corte Penal Internacional de signo global, postura que se evidencia jurídicamente en el amplio número de adhesiones al tratado, en el notable desarrollo que ha logrado en materia de implementación y adecuación legislativa de los sistemas internos, así como en la suscripción de un acuerdo de cooperación con la Corte Penal Internacional. Políticamente se refleja en los pronunciamientos y llamados realizados por la

⁴⁴⁵ Global Institute for the Prevention of Aggression. Permanent Mission of the Principality of Liechtenstein. To the United Nations, New York. Estado de Ratificación e Implementación de las Enmiendas de Kampala sobre el Crimen de Agresión. Actualización No. 6. Junio 4 de 2013. [En línea]. Disponible en: www.crimenofaggression.info. (Consulta: Agosto 6 de 2013).

Unión Europea en pro del fortalecimiento del órgano de justicia internacional. No obstante, este continente no ha sido ajeno a la política de oposición a la Corte Penal Internacional desarrollada por los Estados Unidos, por lo que se ha visto forzado a implementar fórmulas de consenso a fin de moderar el alcance de los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad, a través de unos principios limitadores, pero aceptando su celebración en procura del respeto por la autonomía y los intereses de algunos Estados.

Para complementar la visión contextual del estado de la implementación del Tratado de Roma en el continente europeo, a continuación se inserta una reseña que incorpora rasgos generales, referida a los países europeos que han mostrado liderazgo en el proceso de consolidación de un modelo de justicia penal de signo global basado en la complementariedad.

3.1.2. Alemania firmó el Estatuto de Roma el 10 de diciembre de 1998 y lo ratificó el 11 de diciembre de 2000, convirtiéndose en el Estado Parte No. 25. Suscribió así mismo el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades el 14 de julio de 2003, y lo ratificó el 2 de septiembre de 2004.

Para la incorporación del tratado debió tramitar previamente una reforma constitucional que afectó dos aspectos: En primer lugar, la modificación del artículo 24 pár. 1, de la Constitución, con el fin de autorizar a la Federación para *“transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales”*⁴⁴⁶. En segundo lugar, se reformó el artículo 16 de la Constitución, estableciendo una excepción a la prohibición de extradición de ciudadanos alemanes, para permitir la entrega de nacionales a la Corte Penal Internacional *“siempre y cuando sean cumplidos los principios jurídicos básicos del Estado de Derecho”*⁴⁴⁷.

En cuanto a la implementación legislativa se acudió a la expedición de leyes separadas, una de naturaleza sustantiva: el Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch, VStGB*)⁴⁴⁸, expedido el 26 de junio de 2002, en el cual se plasma el derecho penal material para la persecución nacional de los crímenes internacionales; y otra de carácter procesal, que establece los mecanismos para posibilitar la cooperación con el tribunal internacional (*AusführungsG, IStGH*).

⁴⁴⁶ AMBOS, Kai. La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. En línea: [<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-17.pdf>] (Junio 13 de 2010).

⁴⁴⁷ Constitución Alemana G.G., artículo 16 pár. 2, inciso 1°.

⁴⁴⁸ El análisis de esta ley está basado en la versión española (no oficial) del Código Penal Internacional Alemán, publicada en: < <http://www.iccnw.org/documents/vstgblspan1.pdf>>. (Consulta: Junio 23 de 2011).

La regulación sustantiva alemana evidencia tres claros propósitos: en primer término, controlar espacios de impunidad; en segundo lugar, perfeccionar la sistemática de los crímenes internacionales ajustándola al principio de legalidad estatal; y en tercer lugar, establecer técnicas y categorías de imputación que faciliten y provean de certeza a la aplicación del derecho penal internacional. En tal propósito se desarrollan las siguientes materias: (i) se introduce explícitamente el principio de jurisdicción universal; (ii) se incorporan los tipos penales de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra (contra personas y ciertos objetos protegidos, y mediante la utilización de medios y métodos de combate prohibidos); (iii) se contemplan categorías de extensión de la participación en criminalidad sistemática. Esta ley especial, remite al Código Penal (*Strafgesetzbuch, StGB*), en lo concerniente a los principios generales de derecho.

En cuanto a la implementación procesal, la ley de cooperación alemana con la CPI (*Ausführungsg - IStGHG*)⁴⁴⁹ desarrolla la obligación de cooperación derivada de la condición de Alemania como Estado Parte del Estatuto de Roma, siguiendo el contenido de este instrumento y haciendo referencia a sus normas. Está estructurada en siete partes a través de las cuales reglamenta: la entrega⁴⁵⁰ de sospechosos a la CPI; el traslado⁴⁵¹; la asistencia judicial en la modalidad de ejecución de penas privativas de la libertad y otras sanciones⁴⁵²; la asistencia judicial⁴⁵³; y las comunicaciones alemanas dirigidas a la CPI⁴⁵⁴.

3.1.3. Austria firmó el Estatuto de Roma el 7 de octubre de 1998 y lo ratificó el 28 de diciembre de 2000. Suscribió el Acuerdo sobre Privilegios e Inmунidades con la CPI el 10 de febrero de 2002 y lo ratificó el 17 de diciembre de 2003. No estableció Acuerdo Bilateral de Inmunidad con los Estados Unidos.

Austria debió introducir algunas enmiendas a su Constitución como la que autoriza la entrega de sus nacionales a la Corte, y reguló constitucionalmente aspectos de asistencia judicial, así como los asuntos relativos a la libertad

⁴⁴⁹ AMBOS, Kai. La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania. En: AMBOS, Malarino y Woischnik. *Dificultades Jurídicas y Políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Temis, 2007, p.p. 34-42.

⁴⁵⁰ IStGHG § 2 y siguientes.

⁴⁵¹ IStGHG § 34 y siguientes.

⁴⁵² IStGHG § 40 y siguientes.

⁴⁵³ IStGHG § 47 y siguientes.

⁴⁵⁴ IStGHG § 64 y siguientes.

condicional, el indulto y la reducción de penas⁴⁵⁵. El 10 de Julio de 2002, el parlamento austriaco aprobó la normatividad de cooperación, en la cual se establece el marco para cumplir con las solicitudes de cooperación presentadas por la Corte (*Austria Federal Law Gazette N.135/2002PI*). En la misma ley este Estado dispuso aceptar personas condenadas en su territorio, con el propósito de ejecutar las sentencias impuestas por la Corte⁴⁵⁶. El 27 de octubre de 2005 Austria firmó el primer acuerdo con la CPI, sobre Ejecución de Sentencias, el cual entró en vigor el 26 de noviembre de 2005.⁴⁵⁷

3.1.4. El Reino de Bélgica suscribió el Tratado de Roma el 10 de septiembre de 1998 y lo ratificó el 28 de junio de 2002. Así mismo, firmó el APIC el 11 de septiembre de 2002 y lo ratificó el 28 de marzo de 2005.

Los tribunales belgas se caracterizaron en la década de los noventa y comienzos de siglo por un ejercicio activo del principio de jurisdicción universal, en especial en relación con graves infracciones al derecho internacional humanitario, tortura y genocidio, con fundamento en la Ley de 1993/1999⁴⁵⁸. No obstante, esta disposición a favor de la aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales, se vio menoscabada por la oposición de los Estados Unidos a cualquier alternativa de justicia global⁴⁵⁹, así como por la decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre

⁴⁵⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia Ley No 20.352 Reforma Constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional; 30 Mayo de 2009. En línea [URL:<http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=1002776&idVersio=2009-05-30&dParte>] (Consulta, Junio 11 de 2012).

⁴⁵⁶ Coalición por la Corte Penal Internacional. En: <http://www.iccnw.org/?mod=country&iduct=10> (Consulta, Junio 12 de 2012).

⁴⁵⁷ Publicado en el Austria Federal Law Gazette III Nr. 201/2005.

⁴⁵⁸ Esta ley reconocía a los tribunales belgas una jurisdicción universal absoluta respecto de la violaciones a la Convenciones de Ginebra de 1949, la Convención para Prevenir la Tortura de 1984 y la Convención contra el Genocidio de 1948.

⁴⁵⁹ El tribunal belga constituido para examinar las demandas presentadas por las víctimas de las matanzas de Sabra y Chatila en 1982, se había pronunciado a favor de las víctimas en un proceso en el que se encontraban vinculados Ariel Sharon, Amos Yaron, Rafael Eitan y otros israelíes y libaneses vinculados a los crímenes de guerra investigados. Paralelamente, el 4 de mayo de 2003, abogados belgas en nombre de ciudadanos iraquíes y jordanos presentaron una demanda por crímenes de guerra ante la justicia belga contra el general Tommy Frank, quien dirigió las operaciones bélicas de Estados Unidos y Reino Unido en Iraq. Ante la amenaza de una orden de arresto contra un comandante estadounidense, o algún aliado, Estados Unidos emprendió una campaña en la que amenazó, incluso con trasladar el Cuartel General de la OTAN de Bruselas. La reforma de 2003 a la Ley de Jurisdicción Universal fue interpretada como la consecuencia de las presiones de Estados Unidos sobre el Gobierno belga. (MÁRQUEZ CARRASCO, C. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro [En línea]. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. XI, 2011. (Consulta, Julio 19 de 2012). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/art/art9.pdf>

inmунidades de representantes de Estado en el caso de la República Democrática del Congo contra Bélgica⁴⁶⁰. Estos episodios constituyeron el detonante para la reforma de 2003 que introdujo modificaciones a la Ley de 1993, restringiendo las posibilidades de aplicación del principio de jurisdicción universal⁴⁶¹.

Conviene aclarar que en el sistema belga, con excepción de casos específicos, las propuestas legislativas deben ser sometidas a la opinión previa del Consejo de Estado. No obstante, los dictámenes que emite este órgano no son jurídicamente vinculantes. Sometido a consideración del Consejo de Estado el proyecto de ley relativo a la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional⁴⁶², dicho órgano emitió dictamen (21 de abril de 1999) en el que conceptuó que algunas de las materias contenidas en el ECPI, resultaban incompatibles con la Constitución belga. En primer lugar, consideró que el principio que establece la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional (Art. 1º ECPI) contravenía el artículo 13 de la constitución de ese país, comoquiera que conforme a dicho precepto, nadie podrá ser sustraído contra su voluntad, del juez que la ley le haya asignado. En segundo lugar, la facultad del Consejo de Seguridad para solicitar la suspensión de una investigación o enjuiciamiento (Art. 16 ECPI) violaría el principio de independencia judicial. En tercer lugar, la norma que somete a aprobación de la CPI el enjuiciamiento en el Estado de ejecución, de personas ya condenadas por la Corte, respecto de delitos cometidos con anterioridad al juicio en sede de la Corte (Art. 108 ECPI), resultaba incompatible con el principio de independencia judicial previsto en el artículo

⁴⁶⁰ Corte Internacional de Justicia, sentencia del 14 de febrero de 2002. Resolvió la disputa entre República Democrática del Congo y el Reino de Bélgica, concerniente a la orden de arresto internacional emitida el 11 de abril de 2000 por las autoridades belgas contra Ndombasi Yerodia, ex Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo. En la mencionada sentencia el Tribunal Internacional señaló, respecto de las inmunidades que estas no son concedidas en beneficio personal sino para asegurar el efectivo cumplimiento de sus funciones, en representación del respectivo Estado. Las funciones de un Ministro de Relaciones Exteriores son tales, que hallándose fuera de su país goza de plena inmunidad de jurisdicción criminal y de inviolabilidad. El Tribunal Internacional de Justicia concluyó que Bélgica había infringido el derecho internacional. Esta decisión implica un notable revés para la aplicación del principio de jurisdicción universal. No obstante, dicha decisión debe entenderse en el específico marco de la jurisdicción universal. El Estatuto de la Corte Penal Internacional contempla su propio régimen sobre inmunidades (Art. 27 E.R.).

⁴⁶¹ La reforma de 5 de agosto de 2003, introdujo algunos requisitos para el ejercicio del principio de jurisdicción universal, como el que el presunto autor de los crímenes fuere nacional belga, o residente en Bélgica, o en caso de no reunir estas condiciones deja en manos del Fiscal General, la facultad discrecional de perseguirlo o no, sin posibilidad de recursos. (MÁRQUEZ CARRASCO C. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro [En línea]. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. XI, 2011. (Julio 19 de 2013). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/art/art9.pdf>).

⁴⁶² El proyecto contenía una única disposición según la cual "el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 surtirá pleno y cabal efecto [Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998, sortira son plein et entier effet].

14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuarto lugar, el artículo 27 ECPI (*“Improcedencia del cargo oficial”*) violaría el régimen de inmunidad absoluta del Rey y las inmunidades establecidas en la Constitución belga para los miembros del parlamento, con respecto a la responsabilidad civil y penal por las opiniones que expresen y los votos que emitan en el ejercicio de sus funciones⁴⁶³.

El Gobierno belga optó por ratificar el Estatuto de Roma antes de enmendar la constitución. Consideró que, como se requería la ratificación de 60 Estados para que el mencionado instrumento entrara en vigor, tenía tiempo para efectuar las necesarias adaptaciones constitucionales y legislativas y que, en cualquier caso, si Bélgica ratificaba el Estatuto, sus disposiciones repercutirían directamente en la legislación nacional y reemplazarían cualquier disposición constitucional o ley contraria⁴⁶⁴.

En lo que concierne a la implementación sustantiva, el modelo acogido por el sistema belga fue el de la adopción literal de los artículos 5 y siguientes del Estatuto de Roma⁴⁶⁵ en el código penal. El Reino de Bélgica se encuentra tramitando un proyecto de ley de cooperación unificado (PLCPI),⁴⁶⁶ con la Corte Penal Internacional y con los Tribunales Penales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda.

3.1.5. Francia firmó el Estatuto de Roma el 18 de Julio de 1998 y lo ratificó el 9 de junio de 2000, convirtiéndose en el Estado Parte número 12. Suscribió el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades el 10 de septiembre de 2002 y lo ratificó el 17 de febrero de 2004. No suscribió un ABI con los Estados Unidos. En el momento de ratificar el Estatuto de Roma, Francia hizo uso de

⁴⁶³ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Cuestiones planteadas con respecto al Estatuto de la Corte Penal Internacional por las Cortes Constitucionales, la Cortes Supremas y los Consejos de Estados nacionales. [En línea]. En: Advisory Service on International Humanitarian Law. 01/2010 (citado junio 12 de 2013). Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/assets/files/2012/issues--raised-regarding-rome-statute-icrc-01-2010-spa.pdf>.

⁴⁶⁴ Rapport fait au nom de la Commission des relations extérieures et de la défense, Exposé introductif du Vice-premier Ministre et Ministre des Affaires étrangères [Informe hecho en nombre de la Comisión de Relaciones Exteriores y de Defensa; Introducción del viceprimer ministro de Relaciones Exteriores], Doc. Parl. 2-329/2 (1999/2000), pp. 1-5).

⁴⁶⁵ AMBOS, Kai. La implementación del Estatuto de Roma en la Legislación Nacional. [En línea]. (Consulta: Junio 19 de 2013). Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2230/6.pdf>.

⁴⁶⁶ Proyecto de Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional y los Tribunales Penales Internacionales. Texto presentado al Consejo De Estado antes de ser enviado al Parlamento; [Avant-Projet de Loi relatif a la cooperation avec la Cour Penale Internationale et les Tribunaux Penaux Internationaux Texte soumis au Conseil D'etat Avant D'etre Transmis Au Parlement].

la declaración contenida en el artículo 124 ib.⁴⁶⁷. En el año 2008 retiró esta declaración.

Para la incorporación del Estatuto al sistema jurídico francés fue necesaria la modificación de Título VI de la Constitución de 1958: “*De los Tratados y Acuerdos internacionales*”, a efecto de facultar al Gobierno (Art. 53.2) para que la República pudiese reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, bajo las condiciones previstas por el tratado multilateral.

La necesidad de reformar la Constitución Francesa, fue puesta de manifiesto por el Consejo Constitucional Francés en su decisión de enero 22 de 1999⁴⁶⁸. En esta providencia el tribunal estudió la constitucionalidad del tratado, con énfasis en los siguientes temas⁴⁶⁹: *i)* sobre la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional (art. 17 y 20 ER), el Consejo Constitucional concluyó que permitir que la CPI active su jurisdicción cuando el Estado no investigue hechos de su competencia o busque sustraer de ese ámbito a los autores de los crímenes internacionales, no vulnera la soberanía estatal, en la medida que es un desarrollo del principio *pacta sunt servanda* que obliga al Estado Francés al cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas en los tratados ratificados; *ii)* respecto de la improcedencia de la inmunidad por el cargo oficial (art. 27 ER), manifestó el tribunal constitucional que era contrario a la Carta Política, la total supresión de la inmunidad de ciertos funcionarios públicos como el Presidente de la República o los miembros de la Asamblea Nacional; *iii)* en cuanto a la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales (Art. 29 ECPI), consideró que se configuraba una posible conculcación a la soberanía nacional, dado

⁴⁶⁷ La disposición transitoria del artículo 124 ECPI se origina en una propuesta informal francesa tendente a incluir un protocolo adicional para excluir de la competencia de la Corte los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad por un plazo de 10 años, hasta que se celebre la conferencia de revisión. La posición de Francia, junto con la de otros miembros del Consejo de Seguridad, propugnaba por que se contase con el consentimiento concreto del Estado de la nacionalidad del sospechoso en los casos de enjuiciamiento de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, a menos que el crimen fuese llevado a la Corte por el Consejo de Seguridad. (TRIFFTERER, O. (ed.): Comment on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article, p. 110).

⁴⁶⁸ Conseil Constitutionnel. Approbation du Traité sur le Statut de la Cour pénale internationale, Journal Officiel, 1999 (20), p. 1317.

⁴⁶⁹ En este punto se recogen elementos importantes del texto de: ODELLO, Marco. La Corte Penal Internacional y las Legislaciones Nacionales: Relación entre Derecho Internacional y Derechos Nacionales. Revista foro Nueva Época núm. 1/2005: 295-329; En línea [<http://www.ucm.es/BUCEM/revistas/der/16985583/articulos/FORO0404120347A.PDF>] (Consultado el 15 de septiembre de 2012).

que la Corte Penal Internacional podría conocer de casos en los que el Estado francés hubiese declarado la prescripción de la acción penal, u otorgado una amnistía con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto para Francia; *iv*) las facultades del fiscal en las etapas de investigación (Arts. 54 y 99 ECPI) no se encuentran en contraposición a la soberanía estatal; y *v*) en la ejecución de las penas privativas de la libertad (Art. 103 ER), no se presenta contradicción con la Constitución, toda vez que Francia puede oponer condiciones para recibir a un condenado de la CPI.

Francia es uno de los países que ha efectuado una implementación completa del Estatuto de la Corte Penal Internacional, mediante la modificación de sus códigos penal y procesal. El 26 de febrero de 2002 expidió la Ley No. 268⁴⁷⁰, en la que estableció mecanismos de cooperación con la Corte Penal Internacional. Posteriormente, en agosto de 2010, profirió la Ley No. 930/2010⁴⁷¹ mediante la cual se implementó sustantivamente el Estatuto de Roma.

La ley 268/02 insertó en el Libro IV del Código de Procedimiento Penal el Título I relativo a la Cooperación con la Corte Penal Internacional, en el que plasma la obligación del Estado francés de perseguir los crímenes internacionales y *“cooperar con la corte penal internacional de acuerdo a las competencias y condiciones establecidas en el presente título”*⁴⁷².

Francia se alinea así en el grupo de Estados que han cumplido con los requerimientos que les impone su condición de Estado Parte del Tratado que creó la Corte Penal Internacional. Luego de superar, mediante reforma constitucional, los inconvenientes de esta índole que planteaba el tratado, profirió leyes modificatorias del sistema penal para adecuarlo a las exigencia de la complementariedad (reforma sustantiva), y de la cooperación (reforma procesal).

⁴⁷⁰ República de Francia. Ley N ° 2002-268 de 26 de febrero de 2002 “Pour l'application du statut de la Cour pénale internationale signé le 18 juillet 1998, la France participe à la répression des infractions et coopère avec cette juridiction dans les conditions fixées par le présent titre”.

⁴⁷¹ La ley fue formalmente aprobada el 13 de junio de 2010. Sin embargo varios miembros de la Asamblea demandaron la norma señalada por estimar que vulneraba los artículos 53.2 de la Constitución de 1958. Por lo tanto el Consejo Constitucional encontró ajustado a la Carta Política la ley de implementación sustantiva, de modo que el 9 de agosto del mismo año se entiendo cumplidos los trámites necesarios para comenzar a regir.

⁴⁷² República de Francia. Ley N ° 2002-268 de 26 de febrero de 2002 sobre la cooperación con la CPI Internacional. Art. 627 del Código de Procedimiento Penal.

3.1.6. España firmó el Estatuto de Roma el 18 de julio de 1998, y lo ratificó el 24 de octubre de 2000, previa autorización contenida en la Ley Orgánica No. 6 de 2000⁴⁷³, hecho que lo convirtió en el Estado Parte No. 22. El Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades con la Corte Penal Internacional fue firmado el 21 de abril de 2003 y ratificado el 24 de septiembre de 2009.

España reconoció la competencia de la Corte Penal Internacional, subrayando el principio de complementariedad como mandato de optimización orientador de las relaciones entre el tribunal internacional y las autoridades estatales. La autorización para ratificar el Estatuto de Roma surgió de la postura del Consejo de Estado⁴⁷⁴, órgano que consideró que las normas del Estatuto de Roma no deben constituir un obstáculo a la ratificación del mismo, a pesar de ello argumentó que las Cortes Generales tenían que autorizar la ratificación mediante una Ley Orgánica, hecho que se plasmó en la L.O. 6 de 2000.

Los temas considerados por el Consejo de Estado en su decisión fueron⁴⁷⁵: i) El *ne bis in idem* (Arts. 17 y 20 del ER), garantía consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución Española, la cual se convierte en una obligación que deben respetar los tribunales nacionales y la Corte Penal Internacional, desde la ratificación del tratado. ii) Las inmunidades y privilegios de jurisdicción (Art. 27 del ER.), sobre el particular, el Consejo de Estado no encontró incompatibilidad, en razón a que el artículo 93 de la Constitución permite ceder el ejercicio de competencias jurisdiccionales a una institución internacional; y en lo que toca con la inmunidad en razón de las opiniones expresadas y los votos emitidos por los miembros de la Asamblea, previstas en su constitución, estimó poco probable que se genere un conflicto de competencias, dada la naturaleza de los crímenes tipificados en el artículo 5 del Estatuto (con excepción de la instigación pública y directa a cometer genocidio), lo que generaba una imposibilidad fáctica para su ocurrencia.

Igualmente, con relación a la inmunidad del monarca, el tribunal español recordó que en las monarquías constitucionales la responsabilidad política del soberano recae sobre los ministros que confirman los actos públicos; sin soslayar la responsabilidad individual imputable al monarca por los macro

⁴⁷³ Artículo Único: Se autoriza la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional, firmado por España el 18 de julio de 1998.

⁴⁷⁴ Consejo de Estado. Dictamen sobre el Estatuto de Roma, núm. 1.37499/99/MM, de 22 de agosto de 1999.

⁴⁷⁵ *Ibidem*.

crímenes. *iii*) La reclusión a perpetuidad (arts. 77, 80, 103 y 110 del *Ibíd.*) se entendió acorde a la Constitución, dado que España podrá decidir si recibe o no un condenado por la corte penal internacional. En tal sentido el Gobierno, con base en el artículo 103 ECPI no recibirá a un condenado a cadena perpetua: y *iv*) en cuanto a los poderes de investigación del Fiscal en el territorio de un Estado Parte (Arts. 54 y 99 del *Ibíd.*), adujo el Consejo de Estado que no existe una diferencia entre las facultades del Fiscal de la CPI y de los órganos nacionales, incluso, la competencia al ente internacional tiene sustento en el artículo 93⁴⁷⁶ de la Constitución española.

En materia de implementación sustantiva y procesal España ha efectuado algunas reformas legislativas en procura de cumplir con este requerimiento. En materia sustantiva, el Código Penal de 1995, contempla con algunas variantes, todas las modalidades delictivas previstas en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y 6° del Estatuto de Roma (Art.607). En cuanto a los crímenes de lesa humanidad, su tipificación se introdujo mediante una reforma al código penal efectuada por Ley Orgánica No. 15 de 2003, la cual tuvo, entre otros propósitos, el de *“definir y regular los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”*⁴⁷⁷. La tipificación de los crímenes de guerra se encuentra prevista en el capítulo III del título XXIV del Código Penal de 1995, bajo la denominación *“Delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado”*. Este aparte fue sustancialmente modificado (adicionado) por la reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15 de 2003 y 5 de 2010, al Código Penal.

La implementación procesal con miras a establecer el marco normativo para la cooperación con la CPI se produjo mediante la Ley Orgánica 18 de 2003. La estructura de esta ley parte del presupuesto del carácter auto ejecutivo de numerosos preceptos del Estatuto de Roma, que permiten su aplicación directa por los tribunales nacionales, en aquellos sistemas como el español,

⁴⁷⁶ Op.cit., Constitución Española de 1978. **Artículo 93.** Mediante Ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

⁴⁷⁷ España. Proyecto de Ley Orgánica por medio de la cual se modifica la Ley Orgánica 10/1995. Exposición de motivos.

en los que los tratados pueden ser aplicados directamente, cuando el contenido material de la norma internacional así lo permita⁴⁷⁸.

Paradójicamente, esta postura del legislador español, receptivo a las exigencias de implementación del Tratado de Roma, contrasta con los recortes normativos operados sobre el principio de jurisdicción universal plasmados en la Ley Orgánica 1 de 2009⁴⁷⁹. Mediante dicha ley se establecieron en el artículo 23.4 de la LOPJ, nuevas condiciones para el ejercicio del principio de jurisdicción universal: (i) que los presuntos responsables se encuentren en España, o que existan víctimas de nacionalidad española, o que se constate algún vínculo de conexión relevante con España; y (ii) que no se haya iniciado en otro país competente o en un tribunal internacional un procedimiento que suponga una persecución efectiva de los hechos punibles. Esta limitación del alcance del principio de jurisdicción universal ha sido considerada por algunos como la supresión, en su esencia, del principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español, o su “*Derogación in iure*”⁴⁸⁰.

Las anteriores referencias indican que España ha mostrado una postura política y jurídica favorable a la efectividad de la Corte Penal Internacional, lo que se evidencia en que tempranamente adhirió al Estatuto de Roma y al Acuerdo sobre Privilegios e Inmidades; superó, por vía de interpretación, los problemas constitucionales que se vislumbraban para la adopción del tratado, y adicionalmente reformó su sistema penal sustantivo para introducir en él, con ciertas especificidades, los crímenes de competencia de la CPI. Adicionalmente ha establecido un marco normativo para posibilitar todas las formas de cooperación con el tribunal penal internacional. No obstante, ha mostrado un notable retroceso en la concepción del principio de jurisdicción universal, comoquiera que introdujo fuertes condicionamientos para su aplicación, lo que desvirtúa su esencial naturaleza que lo desvincula de los tradicionales nexos en que se basa la atribución de jurisdicción.

⁴⁷⁸ Jefatura del Estado. BOE No. 296 del 11 de diciembre de 2003. Exposición de motivos de la L.O. 18/2003.

⁴⁷⁹ “Complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implementación de la Nueva Oficina Judicial”. Publicada en el BOE n° 20, de 14 de noviembre de 2009. Sección I, pp. 92089 y ss.

⁴⁸⁰ COMELLAS AGUIRREZABAL, María Teresa. La Jurisdicción Universal en España tras la reforma de 2009: Racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad. En: Anuario Español de Derecho Internacional. Vol. 26/2010 61-110. Septiembre de 2010.

3. 1.7. Países Bajos (Holanda), suscribió el Tratado de Roma el 18 de julio de 1998 y lo ratificó el 17 de julio de 2001, convirtiéndose en el Estado Parte 37. Firmó igualmente el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la CPI, el 11 de septiembre de 2003 y lo ratificó el 24 de julio de 2008⁴⁸¹.

En cuanto a la compatibilidad del tratado con la Constitución, se identificaron problemas en lo relacionado con la exclusión de las inmunidades del régimen del ECPI (Art. 27); la imprescriptibilidad de las acciones penales (Art. 29); y la entrega de nacionales a la Corte, por lo que debió tramitarse una reforma constitucional⁴⁸².

Este Estado presenta una situación muy particular en el sistema de la Corte, comoquiera que además de Estado Parte, es la sede del Tribunal Penal Internacional. Esta circunstancia le impone unas exigencias reforzadas en materia de cooperación, especialmente en lo concerniente a la ejecución de sentencias.

Para dar cumplimiento a sus deberes de implementación se expidió la *International Criminal Court Act 2002 –ICC*, instrumento normativo que suministra una base legal para la transferencia de personas, la protección o vigilancia de sospechosos, establece procedimientos que hacen posible la asistencia legal con la CPI. Adicionalmente, fue aprobada una ley de cambios técnicos legislativos a la normatividad de Países Bajos que no podía ser modificada por la ley de implementación de la CPI. Estos cuerpos normativos entraron en vigor el 8 de agosto de 2002⁴⁸³.

Desde el punto de vista de la implementación sustantiva, la ley de crímenes internacionales configuró los tipos penales de competencia de la CPI⁴⁸⁴.

3.1.8. El Reino Unido⁴⁸⁵, suscribió el Tratado de Roma el 30 de noviembre de 1998 y lo ratificó el 4 de octubre de 2001. Así mismo firmó el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional el 10 de octubre de 2002 y lo ratificó el 25 de enero de 2008.

⁴⁸¹ Coalición por la Corte Penal Internacional [En línea]- Disponible en <http://www.iccnw.org/?mod=country&iduct=124>. (Consultado, Julio 22 de 2012).

⁴⁸² Implementation of The Rome Statute in The Netherlands. Pp 2. En línea [<http://www.coalitionfortheicc.org/documents/NL.IntCrAct.pdf>] (Consultado, 23 de agosto de 2012).

⁴⁸³ Ibídem.

⁴⁸⁴ ALPER, Çinar, and VAN NIEKERK Sander. Implementation Of The Rome Statute In The Netherlands, University of Maastricht; En línea [<http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=8855>], (Consultado el 13 de agosto de 2012)

⁴⁸⁵ Estado Unitario que se compone de cuatro países: Escocia, Gales, Inglaterra e Irlanda del Norte.

En su caso, dada la especial naturaleza del sistema constitucional del Reino Unido – Constitución no escrita⁴⁸⁶ - no se requirió una reforma constitucional para adecuar las convenciones constitucionales al Tratado de Roma, comoquiera que aquellas contienen una importante diseminación normativa que posibilitan su compatibilidad con el ECPI.

Para la implementación del tratado, el 11 mayo de 2001, se expidió una ley de alcance sustancial y procesal (*International Criminal Court Act - 2001*)⁴⁸⁷. Adicionalmente, el Reino Unido de Gran Bretaña firmó un acuerdo con la Corte Penal Internacional para la ejecución de sentencias impuestas por esa Corporación, convenio que entró a regir el 8 de diciembre de 2007 (AGUK)⁴⁸⁸.

3.1.9. Suecia firmó el Estatuto de Roma el 7 de octubre de 1998 y lo ratificó el 28 de junio de 2001, convirtiéndose en el Estado Parte 36 del sistema de la CPI. Ratificó el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades el 13 de enero de 2005.

Durante las discusiones parlamentarias previas a la ratificación del tratado, se plantearon algunas cuestiones sobre su posible incompatibilidad con la Constitución, especialmente en lo concerniente a la transferencia de competencias a una organización internacional; el régimen de inmunidades respecto de Jefes de Estado y miembros del parlamento; la prohibición de expulsión de nacionales suecos; el indulto; y la prerrogativa de los tribunales suecos de revisar sentencias que conlleven prisión perpetua. No

⁴⁸⁶ La Constitución del Reino Unidos es una de las pocas en el mundo que no es escrita, por el contrario es resultado de la tradición y del gran consenso que existe en la sociedad sobre las normas fundamentales que convierte en superficial la presencia de una constitución escrita. En efecto, la Carta Política al no estar recopilada en un solo documento y ser un dispositivo de control político que cuenta con reglas fijas que se encuentran enraizadas en la costumbre y conciencia nacional recibe el nombre de convenciones constitucionales, pues se encuentra conformada por varios documentos (normas y providencias) que reconocen derechos y permiten el control político. (GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, JARAMILLO PÉREZ., Juan Fernando, RODRÍGUEZ V., Andrés Abel, UPRIMNY YEPES, Rodrigo, «Los orígenes del constitucionalismo moderno en Inglaterra», *En Teoría Constitucional*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 58).

⁴⁸⁷ Reino Unido de Gran Bretaña, e Irlanda del Norte, Parlamento. Ley sobre Corte Penal Internacional (inglés): International Criminal Court Act. 2001. En línea [<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/contents>] .(Consulta: 15 de agosto de 2012).

⁴⁸⁸ Corte Penal Internacional. Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y del Tribunal Penal Internacional para la ejecución de las penas impuestas por la Corte Penal Internacional. [En Línea]. Disponible en: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C540B3EF-F3FF-4AD0-93F5-DA85E96B1522/0/ICCPres040107ENG.pdf>>. (Consulta: 12 de junio de 2012).

obstante, el Parlamento concluyó que no era necesaria la modificación a la Constitución⁴⁸⁹.

El 1° de julio de 2002 entró en vigor la ley de implementación del Tratado de Roma en el sistema normativo sueco (*Act (2002:329. Cooperation with the International Criminal Court)*).

3.1.10. Suiza firmó el Estatuto de Roma el 18 de julio de 1998 y lo ratificó el 12 de octubre de 2001, convirtiéndose en el Estado Parte 43. Suscribió igualmente el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades con la Corte Penal Internacional el 10 de septiembre de 2002 y depositó el instrumento de ratificación el 25 de septiembre de 2012. El 14 de agosto de 2003 rechazó formalmente los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad promovidos por Estados Unidos.

La compatibilidad del Estatuto de Roma con las disposiciones nacionales fue examinada por el poder ejecutivo y el legislativo, quienes consideraron que no había lugar a la convocatoria de un referendo obligatorio, ni se precisaba de una enmienda constitucional. La implementación se desarrolló inicialmente en el ámbito procesal, mediante la expedición de la ley federal de cooperación con la Corte Penal Internacional (*Federal -Law on Cooperation with the International Criminal Court (CICCL)*), el 22 Junio de 2001⁴⁹⁰.

De otro lado, en materia sustantiva se expidió el 18 de julio de 2010, la Ley Federal que modifica los códigos penal, de procedimiento y militar, para posibilitar la aplicación del principio de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional – (*Loi Fédérale portant modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*).

⁴⁸⁹ Op.cit. Ley No 20.352 Reforma Constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional; 30 Mayo de 2009. En línea [URL:<http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=1002776&idVersio=2009-05-30&dParte>]. Consulta: 11 de septiembre de 2011. p. 80.

⁴⁹⁰ Council of Europe- The implications for Council of Europe Members States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court. Swiss Federal Law of 22 June 2001 on co-operation with the International Criminal Court. Disponible en: http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/internationaler_strafgerichtshof/zisg-e.pdf (Consultado, Agosto 8 de 2012).

3.2. Balance sobre el panorama global europeo

La anterior reseña, permite sostener que la posición de los Estados europeos frente a la opción de justicia penal internacional consensuada, contenida en el ECPI, se encuentra en sincronía con la postura de apoyo expresada por la Unión Europea, lo que se evidencia en la temprana adhesión al Tratado de Roma, la suscripción generalizada del Acuerdo sobre Privilegios e Inmunities de la CPI, así como el significativo avance en materia de implementación.

Sin embargo, dadas las particularidades de los sistemas estatales se plantearon discusiones de naturaleza constitucional relacionadas con materias como la transferencia de competencias a una organización internacional (Alemania y Suecia); la entrega de nacionales a la CPI (Alemania, Austria, Holanda y Suecia); la facultades del Consejo de Seguridad frente a la independencia judicial (Bélgica); la imprescriptibilidad de las acciones penales (Francia y Holanda); la reclusión a perpetuidad (España, Suecia); y particularmente la exclusión de las inmunidades del sistema de la CPI (Francia, España, Holanda, Suecia y Bélgica). Estas preocupaciones fueron superadas, en algunos casos mediante reforma de la Constitución (Alemania, Francia y Holanda); y en otros mediante una interpretación, conforme a la Constitución, de los preceptos cuestionados.

Para la implementación del tratado en los sistemas normativos nacionales se acudió a diversas estrategias normativas. Algunos optaron por expedir dos leyes nuevas y separadas, una en materia sustantiva y otra para regular la cooperación (caso Alemania). La fórmula más utilizada fue la de expedir una ley de cooperación, y por otra parte modificar el código penal para adecuarlo a los crímenes de competencia de la Corte (España, Suiza y Holanda). Algunos se limitaron a proferir una ley de cooperación (Suecia y Austria); en tanto que otros optaron por introducir modificaciones en los Códigos procesal y sustantivo (Francia), o expedir una ley unificada de alcance sustantivo y procesal (Reino Unido).

Se advierte así mismo que el avance en el desarrollo de la implementación del Tratado de Roma va paralelo a un declive del principio de jurisdicción universal (reformas en Bélgica y España), lo cual resulta paradójico si se tiene en cuenta que el movimiento a favor de la Corte penal Internacional ha despertado un mayor interés por la consolidación de una justicia penal internacional eficaz, soportada en la respuesta adecuada de los sistemas nacionales de justicia. Esta puede darse a través de la aplicación del principio de territorialidad o de extraterritorialidad. Una comprensión inadecuada de las relaciones entre jurisdicción universal y jurisdicción de la

Corte penal Internacional, podría llevar a considerar que ésta es excluyente de aquella. Consideramos que si bien se trata de jurisdicciones que pueden coexistir, en el estado actual de desarrollo del derecho penal internacional, la jurisdicción universal puede ser concebida, como lo hacen algunos de los sistemas reseñados en este trabajo, en una relación de subsidiariedad o residual, respecto de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

3.3. Desarrollo de algunas experiencias europeas relevantes

A continuación se presentan algunas de las experiencias de implementación más completas llevadas a cabo en países europeos, siguiendo para su desarrollo las variables ya aplicadas en la presentación de la experiencia de implementación en el continente americano.

3.3.1. La dimensión sustantiva de la implementación

3.3.1.1. La incorporación de los tipos penales que conforman la competencia material de la Corte.

En la experiencia alemana, se observa que en la parte especial del código penal internacional se tipifican como crímenes internacionales el genocidio⁴⁹¹, los crímenes de lesa humanidad⁴⁹² y los crímenes de guerra⁴⁹³. La descripción del genocidio es trasladada del código penal nacional⁴⁹⁴. Para la tipificación de los crímenes de lesa humanidad se ciñe al contenido del artículo 7° del ECPI⁴⁹⁵. En lo que concierne a los crímenes de guerra incorpora el artículo 8° del ECPI, complementado por preceptos del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra,⁴⁹⁶ y el Segundo Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de

⁴⁹¹ VStGB § 6.

⁴⁹² VStGB § 7.

⁴⁹³ VStGB §§ 8 a 12.

⁴⁹⁴ StGB § 220^{al}. Esta descripción sigue muy de cerca a la prevista en la Convención Internacional para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, y por ende la contemplada en el artículo 6° del ECPI. Comprende determinadas conductas perpetradas con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, racial, étnico o religioso como tal.

⁴⁹⁵ Se penalizan determinados actos inhumanos cometidos como parte de un ataque sistemático o generalizado en contra de una población civil (elemento de contexto). Como actos inhumanos en particular, menciona el homicidio, el exterminio, la esclavitud, la deportación, la tortura, la coacción sexual, la desaparición forzada, el sometimiento a graves daños físicos o mentales, la privación de la libertad, y la persecución. A diferencia del artículo 7° del ECPI, contempla una serie de calificaciones del tipo penal, ciertos delitos de resultado.

⁴⁹⁶ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).

Conflicto Armado⁴⁹⁷. No obstante, a diferencia del Estatuto de Roma, da un tratamiento conjunto a los delitos aplicables en contexto de conflicto armado internacional y no internacional⁴⁹⁸, adoptando como criterio ordenador los objetos jurídicos protegidos: de una parte los delitos contra las personas y bienes civiles;⁴⁹⁹ y de otra, la limitación a los medios y métodos de combate⁵⁰⁰.

La dosificación punitiva se realiza de manera precisa para cada tipo penal, tomando en cuenta la gravedad del hecho, el nivel de participación, y el grado de desarrollo de la conducta punible. Teniendo en cuenta estos criterios las penas oscilan entre pena privativa de la libertad no menor de 1 año y prisión perpetua, estableciendo topes mínimos para cada tipo penal.

Los delitos contra la administración de justicia de la CPI no fueron incorporados al Código Penal Internacional Alemán, lo cual resulta explicable, comoquiera que no se trata de crímenes internacionales.

En la regulación francesa (Ley 930 de 2010) se incorporaron los tipos penales de genocidio (incluyendo la instigación pública y directa a cometer genocidio), y los crímenes de lesa humanidad, en términos similares a los previstos en el Estatuto de Roma, subrayando el carácter sistemático y generalizado de éstos. En relación con los crímenes de guerra, utiliza una sistemática que difiere de la del ECPI, en tanto selecciona, bajo el criterio ordenador del bien jurídico, un grupo de delitos que pueden presentarse tanto en situación de conflicto armado internacional, como no internacional, a saber: (i) ataque contra la vida, daños físicos y psicológicos; (ii) infracciones

⁴⁹⁷ Segundo Protocolo de la Convención para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado. La Haya, 26 de marzo de 1999. Sus normas han pasado a ser derecho internacional consuetudinario.

⁴⁹⁸ El § 8 inciso 3, VStGB, contiene una relación de los pocos delitos que solo pueden ser cometidas en contexto de conflicto armado internacional: la demora injustificada en la repatriación de prisioneros de guerra; el traslado de la población civil de la potencia ocupante; la coacción a prestar servicios en las fuerzas armadas enemigas o en operaciones bélicas del enemigo.

⁴⁹⁹ El § 8 inc. 2 VStGB, es aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como a los internos, y comprende en particular, el homicidio, la toma de rehenes, el trato cruel e inhumano, la coacción sexual, el reclutamiento o utilización de niños como soldados, la deportación, la imposición de castigo sin debido proceso, el sometimiento a ensayos médicos o amputaciones de órganos, y el tratamiento denigrante o degradante.

⁵⁰⁰ El § 11 VStGB regula los delitos que penalizan el empleo de métodos de guerra prohibidos (Derecho de la Haya) y es aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como internos. Contiene en particular, los ataques contra personas civiles; contra objetos civiles; ataques que puedan conllevar daños civiles desproporcionados; el uso de personas como escudos humanos; el causar la inanición de la población civil; la orden o amenaza de que no se dará cuartel; matar o herir a traición a combatientes enemigos, sean o no miembros de las fuerzas armadas de un Estado. El § 12 VStGB tipifica el empleo de medios prohibidos de conducción de las hostilidades, independientemente de que se produzca un daño concreto. En este sentido describe como punibles la utilización de veneno o armas envenenadas; de armas biológicas o químicas, y de la denominada munición *dum dum*.

contra la libertad individual⁵⁰¹; (iii) crímenes de guerra en la conducción de las hostilidades, ya sea por el uso de medios y métodos de guerra prohibidos, o por daño a la propiedad.

En cuanto a la dosimetría aplicable a los crímenes internacionales, la legislación francesa prevé diversas categorías que van desde la multa⁵⁰², a la cadena perpetua⁵⁰³, transitando por penas de prisión de 10⁵⁰⁴, 15, 20 y 30 años.

En el modelo de implementación español, la parte sustantiva se desarrolló mediante leyes modificatorias del código penal. Luego de la adhesión al tratado de la Corte Penal Internacional se expidieron las leyes orgánicas No. 15 de 2003 y No. 5 de 2010, a través de las cuales se introdujeron en el derecho nacional los crímenes de competencia del tribunal internacional. El título XXIV del código penal contempla los *“Delitos contra la comunidad internacional”*, en el que se incluyen todas las modalidades de genocidio (Cap. II) previstas en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y en el artículo 6° del ECPI⁵⁰⁵.

En cuanto a los delitos de lesa humanidad⁵⁰⁶ se caracterizan con el elemento de contexto que les provee el derecho internacional, incluyendo una relación de hechos que forman *“parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil o contra parte de ella”*. Utiliza formulaciones descriptivas distintas a las del artículo 7° del ECPI, en lo que se advierte el propósito de honrar el principio de legalidad, y se incorporan todas las categorías de actos inhumanos que responden a la tipología de crímenes de lesa humanidad conforme al Art. 7⁵⁰⁷.

Los crímenes de guerra (Cap. III), se tipifican bajo la denominación de *“Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”*⁵⁰⁸. Se apela a las fuentes internacionales, específicamente a los 4

⁵⁰¹ A diferencia de lo previsto en el ECPI (menores de 15 años), el delito de alistamiento de menores de edad se penaliza cuando recae sobre menores de 18 años. Sin embargo, no hay lugar a responsabilidad cuando el alistamiento de menores entre 15 y 18 años se produce voluntariamente.

⁵⁰² Pena prevista para la apología al genocidio (100.000 Euros).

⁵⁰³ Para los crímenes de genocidio y lesa humanidad que alcanzaren grado de perfección, y para ciertos crímenes de guerra caracterizados por la grave afectación del bien jurídico de la vida.

⁵⁰⁴ Para el concierto para delinquir en crímenes de guerra.

⁵⁰⁵ Boletín Oficial Español (BOE) No. 283 de noviembre 26 de 2003. Código Penal, actualizado a 17-01-2013. Artículo 607.

⁵⁰⁶ Ibídem artículo 607 bis.

⁵⁰⁷ Persecución; apartheid; violencia sexual; lesión grave; desplazamiento forzado; embarazo forzado; desaparición forzada; privación ilegal de la libertad; tortura; prostitución forzada, explotación sexual y trata de personas; esclavitud.

⁵⁰⁸ Ibídem. Artículos 608 a 614 bis.

Convenios de Ginebra de 1949, y al Protocolo I Adicional (1977), de donde se toman las infracciones y las categorías de *persona protegida*, *bienes protegidos* y *población civil*. Apartándose de la sistemática del ECPI, no hace distinción entre infracciones propias de conflicto armado internacional o no internacional. El elemento internacional del crimen se contempla como agravante “cuando cualquiera de las conductas contenidas en el capítulo formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala”⁵⁰⁹.

En el sistema de implementación adoptado por los Países Bajos, el *International Criminal Court Act – 2002*, opta por una reproducción de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional previstos en el Estatuto de Roma, acogiendo la estructura típica allí prevista respecto del genocidio (ICCA-2002, apartados 4 y 5), los crímenes de lesa humanidad (ICCA- 2002, sección 4 (1), (2) y (3); y los crímenes de guerra (ICCA-20002, secciones 5 a 7). En relación con estos últimos se mantuvo la distinción entre delitos de conflicto armado internacional y no internacional⁵¹⁰.

Se concede particular importancia a los delitos contra la administración de justicia de la Corte (Art. 70 ECPI), toda vez que en razón de su condición de Estado anfitrión, y en virtud del principio de territorialidad, tendrá la competencia inmediata para conocer de estos delitos.

En el Reino Unido⁵¹¹, la ley de implementación del 11 de mayo de 2001⁵¹², incorpora los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional en los mismos términos en que se encuentran previstos en los artículos 6 (genocidio), 7 (crímenes de lesa humanidad), y 8.2 (crímenes de guerra) del Estatuto de Roma⁵¹³. En relación con los delitos contra la administración de justicia de la Corte (Art. 7.1) también los incorpora haciendo referencia a las leyes internas que contemplan conductas similares, y aclarando que se les dará el tratamiento propio de los delitos de derecho común. Para la interpretación de los crímenes destaca la importancia del documento de “*Los Elementos de los Crímenes*”, el Informe de la Comisión Preparatoria de la CPI, aprobado el 30 de junio de 2000, así como las declaraciones hechas por

⁵⁰⁹ Ibídem artículo 614 bis.

⁵¹⁰ ALPER Çinar, and VAN NIEKERK, Sander. Implementación del Estatuto de Roma en los Países Bajos: Implementation Of The Rome Statute In The Netherlands, University of Maastricht; En línea [http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=8855], tomado el 13 de agosto de 2012.

⁵¹¹ La regulación que aquí se reseña hace referencia a las disposiciones aplicables en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, toda vez que respecto de Escocia, la misma ley contiene algunas reglas específicas respecto de distintas materias.

⁵¹² Reino Unido de Gran Bretaña, e Irlanda del Norte, Parlamento. Ley sobre Corte Penal Internacional (ingles) International criminal Court Act. 2001. En línea [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/contents] (tomado el 15 de agosto de 2012).

⁵¹³ Ibídem. Sección 50.

el Reino Unido frente a las normas del Estatuto. Adicionalmente, y acorde con su tradición jurídica, señala que para la interpretación y aplicación de los crímenes, los jueces nacionales tendrán en cuenta cualquier sentencia o decisión de la CPI, o cualquier otra jurisprudencia internacional pertinente.

La Confederación Suiza, mediante la Ley de 18 de julio de 2010⁵¹⁴ sobre implementación sustantiva, introduce en el derecho penal interno los tipos penales de competencia de la Corte Penal Internacional, utilizando una configuración muy similar a la del ECPI. En relación con el delito de genocidio se conserva la estructura típica sustancial del crimen, pero se amplía el umbral de protección a las colectividades políticas y sociales (Art. 264 Code Pénal). En el delito de lesa humanidad la construcción típica es idéntica a la del ECPI (Art. 7°), incluso en lo que concierne a los actos individuales.

En lo que corresponde a los crímenes de guerra, se incluye una amplia gama de infracciones, la mayoría de ellas aplicables en contextos de conflicto armado internacional y no internacional. Estos se organizan bajo una sistemática distinta a la usada en el ECPI: Infracciones graves a los Convenios de Ginebra (conflicto armado internacional); ataque contra personas y bienes protegidos por el DIH; tratamientos médicos injustificados, con violación del derecho a la libre determinación sexual o a la dignidad de la persona; reclutamiento o utilización de menores en la guerra; uso de métodos de guerra prohibidos; uso de armas prohibidas; ruptura de un armisticio o de la paz; otras infracciones al DIH⁵¹⁵.

Las penas imponibles oscilan entre 1, 5 y 10 años dependiendo de la magnitud del daño ocasionado por el hecho punible. La cadena perpetua se prevé para los delitos que ocasionen un gran número de víctimas, o se ejecuten con especial crueldad.

3.3.1.2. La creación de categorías de imputación acordes con el enjuiciamiento de crímenes internacionales

En el Código Penal Internacional Alemán, la regulación relativa a la parte general es notablemente menos prolija que la contenida en el ECPI⁵¹⁶. Sin

⁵¹⁴ Parlamento de la Confederación Suiza. *Loi fédérale portant modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*. Se trabaja sobre la versión francesa publicada por la Coalición por la Corte Penal Internacional. Disponible en: http://www.iccnw.org/documents/Loi_mise_en_oeuvre_18_Juin_2010.pdf. Esta ley introduce modificaciones al Código Penal, al Código Procesal y al Código Penal Militar.

⁵¹⁵ *Ibidem*. Sección 1, modificación al artículo 264 del Código Penal Suizo.

⁵¹⁶ VStGB §§ 1 a 5.

embargo, la ley alemana no remite a este Estatuto, sino que contempla como norma rectora, la aplicación supletoria del Derecho penal general nacional, a falta de regulación especial en el VStGB⁵¹⁷. Esta remisión cobra relevancia en materias tales como dolo, error, legítima defensa, estado de necesidad, autoría y participación, al igual que en materia de omisión⁵¹⁸.

Respecto de la actuación bajo órdenes y la responsabilidad de los jefes militares y otros superiores, el VStGB adopta regulaciones específicas. En este sentido, el cumplimiento de una orden militar o una disposición con efecto vinculante objetivo comparable, es admitida como excluyente de culpabilidad, siempre que el autor no conozca la antijuridicidad de la orden y dicha antijuridicidad no sea evidente⁵¹⁹. En relación con la responsabilidad de los superiores (Art. 28 ECPI), se introducen tres disposiciones: una regla general en la que se contempla una obligación de garante para el jefe militar o el superior civil respecto de los actos de sus subordinados⁵²⁰. De manera complementaria, se prevén dos tipos de conducta omisiva, con penalidad atenuada, referidas la primera, al incumplimiento por parte del jefe militar o del superior de su obligación de vigilancia; y la segunda relativa al hecho de no denunciar un delito cometido por un subordinado⁵²¹.

La regulación francesa presenta una particularidad en lo que concierne a la parte general, toda vez que las circunstancias excluyentes de responsabilidad, están establecidas únicamente en relación con los crímenes de guerra, bajo la consideración de que los delitos de genocidio y lesa humanidad presentan una manifiesta antijuridicidad, que *per se* excluye la aplicación de justificantes. En la legislación francesa los superiores jerárquicos o los jefes militares, son considerados *partícipes* de los crímenes que cometen sus subordinados que se encuentren bajo su efectivo control⁵²².

El Código Penal Español, adecuado mediante la Ley Orgánica 5 de 2010, contempla tres disposiciones relacionadas con la responsabilidad de los Jefes militares y otras autoridades. La primera (615 bis 1) equipara la

⁵¹⁷ VStGB § 2.

⁵¹⁸ WERLE, Gerhard y Jessberger, Florián. La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El código penal internacional alemán. *En* Revista Juristenzeitung (JZ), Universidad de Humboldt, 15/16 (2002), p. 132. (junio 23 de 2012), Disponible en: www.ciencias.penales.net.

⁵¹⁹ VStGB § 3. El artículo 33 del ECPI contempla una regla general en el sentido que *“Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un Gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal”*. A menos que la persona: (i) estuviere obligada por ley a obedecer órdenes emitidas por el Gobierno o el superior de que se trate; (ii) no supiere que la orden es ilícita; y (iii) la orden no fuere manifiestamente ilícita.

⁵²⁰ VStGB § 4.

⁵²¹ VStGB §§ 13 y 14.

⁵²² República de Francia. Ley 930 de 2010, Capítulo I, artículo II, y Capítulo III.

responsabilidad de las autoridades (jefe militar, otros superiores, o quien actúe efectivamente como tal), que no adopte las medidas a su alcance para evitar la comisión de los crímenes por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, a la de los autores materiales de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra⁵²³. La segunda (615 bis 2) contempla una modalidad atenuada para el evento en que la misma conducta se produzca con imprudencia grave. Y la tercera, que penaliza la conducta de la autoridad o jefe militar, u otros superiores, que no adopte las medidas para perseguir a las personas bajo su mando o control efectivo que cometan los mismos crímenes (615 bis 3).

La norma de implementación holandesa (Países Bajos) incorpora las formas de participación mediante orden, proposición, inducción o contribución de algún modo, previstas en el artículo 25.3. b)⁵²⁴, y 25.3.d)⁵²⁵ del Estatuto de Roma. Así mismo, de conformidad con el artículo 28 ECPI prevé la responsabilidad de los jefes militares y otros superiores, definiendo el superior en un sentido lato (autoridades de los Países Bajos)⁵²⁶, e incluyendo la modalidad omisiva, consistente en abstenerse de adoptar las medidas tendientes a evitar la conducta criminal, siempre y cuando tuviere la capacidad de actuar en concreto⁵²⁷.

El “*International Criminal Court Act- 2001*” del Reino Unido, toma de su derecho interno algunas categorías de intervención delictiva. En ese orden de ideas, se considera un delito contra la ley de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, la conducta de quien facilite la comisión de un crimen de genocidio, de lesa humanidad, o de guerra. Así mismo, tomando como referencia categorías del derecho interno, se establecen otras formas punibles de participación en los crímenes de competencia de la Corte como: (i) la asistencia, la incitación, el asesoramiento o la procuración de la comisión de un delito; (ii) la tentativa y la conspiración; y (iii) el encubrimiento.

⁵²³ Boletín Oficial Español (BOE) No. 283 de noviembre 26 de 2003. Código Penal, actualizado a 17-01-2013. Artículo 615 bis.

⁵²⁴ “(...) Será penalmente responsable y podrá ser penado por un crimen de competencia de la Corte quien: (...) b), Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen ya sea consumado o en grado de tentativa”.

⁵²⁵ “(...) Será penalmente responsable y podrá ser penado por un crimen de competencia de la Corte quien: d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: (i) con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otra entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o (ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

⁵²⁶ ICCA-2002. Sección 9 (1) b.

⁵²⁷ ALPER Çinar and VAN NIEKERK, Sander, Op. cit. pp. 5.

Aunque la norma de implementación británica recalca la adhesión a los preceptos convencionales o consuetudinarios que prevén privilegios e inmunidades, en razón a la condición de jefe de Estado, representante, funcionario o agente estatal⁵²⁸, simultáneamente declara que toda inmunidad diplomática de una persona relacionada o derivada de su condición de nacional de un Estado Parte en el Estatuto de Roma, no impedirá la ejecución de los procedimientos previstos en este instrumento para la detención, entrega o tránsito. Incluso, contempla un procedimiento específico para suspender la inmunidad, en el evento en que la persona solicitada por la Corte ostente una inmunidad en virtud de su condición de representante de un Estado No parte en el ECPI.

En lo que concierne a la responsabilidad de comandantes militares y otros superiores, o de una persona que funja como tal, la ley de implementación del Reino Unido, incorpora la categoría de imputación prevista en el artículo 28 del ECPI, y en consecuencia prevé que dichos agentes serán responsables de los delitos cometidos por sus subordinados bajo su autoridad y control efectivos, como consecuencia de su incapacidad para ejercer el control apropiado, siempre y cuando tuviere conocimiento o hiciese caso omiso de información que indicare claramente que los subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer tales delitos. En cuanto a la determinación del grado de responsabilidad de los comandantes y superiores, remite a los principios y normas de derecho penal general (contribución, instigación asesoramiento, auxilio).

En sintonía con el artículo 30 del ECPI, recalca que una persona será considerada responsable por la comisión de un delito, siempre que los elementos materiales de la conducta se realicen con *intención* y *conocimiento*, e incorpora el contenido que el mencionado precepto le da a esos conceptos⁵²⁹. Consecuente con su tradición jurídica, prescribe que para la aplicación e interpretación de estas categorías se tendrá en cuenta la jurisprudencia emitida por la CPI, o por otros tribunales internacionales, que resulte pertinente.

⁵²⁸ Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964 (c.81); Ley sobre Relaciones Consulares de 1968 (c.48); Ley sobre Organizaciones Internacionales de 1968 (c.48); Ley de Inmunidad Estatal de 1978 (c.33).

⁵²⁹ **Artículo. 30. Elemento de intencionalidad.** 1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.//2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.// 3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido. (Estatuto de la Corte Penal Internacional. En línea: [http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)).

En el sistema jurídico suizo, la ley de implementación sustantiva⁵³⁰ incorpora la figura de la responsabilidad del superior (Art. 28 ECPI) que teniendo conocimiento de que sus subordinados están cometiendo o se proponen cometer actos constitutivos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, no adopte las medidas apropiadas para evitarlo. Para esta hipótesis se contempla una responsabilidad equiparable a la del autor, a menos que actúe con negligencia, evento para el cual se prescribe una pena atenuada (Art. 264k.1 C.P.). También se prevé como forma atenuada, la responsabilidad del superior que omita adoptar las medidas apropiadas para que se investigue la conducta de los subordinados (Art. 264k.2 C.P.).

En este sistema se contempla igualmente la responsabilidad del subordinado que actúa bajo orden o instrucción de un superior en un crimen de competencia de la Corte, siempre que al momento del hecho fuere consciente de la ilicitud de su conducta (Art. 264 I C.P.)

3.3.1.3. La incorporación o ampliación del principio de jurisdicción universal

En la ley alemana de implementación sustantiva se contempló expresamente el principio de jurisdicción universal⁵³¹ al señalar que *“esta ley rige para todos los delitos contra el derecho internacional descritos en ella, para los crímenes⁵³² descritos en ella incluso cuando el hecho fue cometido en el extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional.”*⁵³³ Complementado éste por un sistema de prelación en las jurisdicciones que habrán de actuar así: en primer orden los países en que se ha producido el hecho (principio de territorialidad), o el Estado del cual es nacional el actor o la víctima (personalidad activa o pasiva); en segundo lugar entraría la jurisdicción de la CPI, o de otro tribunal internacional; y en subsidio de los

⁵³⁰ Parlamento de la Confederación Suiza. *Loi fédérale portant modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*. (Modificación al artículo 264 k del Código Penal).

⁵³¹ El principio de jurisdicción universal, ya establecido en el sistema penal alemán respecto del crimen de genocidio (StGB § 6 No. 1) y los crímenes de guerra (StGB § 6 No. 9), es extendido a todos los delitos tipificados en el Código Penal Internacional.

⁵³² En el derecho alemán el término “crimen” se utiliza para denominar los delitos castigados con una pena privativa de la libertad no inferior a un año. De modo que todos los injustos tipificados en el Código Penal Internacional Alemán son crímenes, comoquiera que los rangos punitivos previstos en esta normatividad oscilan entre pena privativa de la libertad no inferior a un año, y prisión perpetua.

⁵³³ República Federal Alemana. Código Penal Internacional: *Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)*, Ausfertigungsdatum : 26.06.2002 Vollzitat: *Völkerstrafgesetzbuch vom 26. Junio 2002 (BGBl. I S. 2254) § 1.*

anteriores, se activaría la jurisdicción de terceros países en ejercicio del principio de jurisdicción universal⁵³⁴.

La ley de cooperación española (L.O. No. 18 de 2003) se muestra consecuente con el replanteamiento que ha asumido este país con relación al principio de jurisdicción universal, recogido en el artículo 23.4 de la LOPJ, conforme al cual se subordina la aplicación de este título de jurisdicción a la concurrencia de nexos territoriales, de nacionalidad o de intereses estatales. Siguiendo esta orientación se contempla una cláusula de inhibición de la jurisdicción universal a favor de la CPI según la cual cuando *“se presente una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio”*⁵³⁵.

No obstante, la norma española prevé una especie de jurisdicción universal subsidiaria, en el evento de que el Fiscal de la Corte no decida la apertura de la investigación, o la Corte declare la inadmisibilidad del asunto. Esta cláusula chocará inevitablemente con la previsión del artículo 23.4 de la LOPJ que reconduce el principio de jurisdicción universal a los nexos tradicionales en que se basa la atribución de jurisdicción (territorialidad, nacionalidad e intereses nacionales).

La ley de implementación del Reino Unido contempla el principio de jurisdicción universal para los crímenes internacionales, al prever que en los eventos en que el delito de genocidio, de lesa humanidad, de guerra o cualquier conducta auxiliar de estos, se cometiere en territorio extranjero, se podrá adelantar los procedimientos para que la conducta sea tratada como si hubiese ocurrido en Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte, siempre que la persona se encontrare en alguno de estos territorios⁵³⁶.

⁵³⁴ AMBOS, Kai. La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania. p. 6.

⁵³⁵ Reino de España. BOE No. 296. Ley Orgánica 18 de 10 de diciembre de 2003, Cooperación con la Corte Penal Internacional. Artículo 7.2.

⁵³⁶ Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Op. cit. Secciones 51 (Inglaterra y gales) y 58 (Irlanda del Norte).

En el modelo suizo, la ley de implementación sustantiva introdujo un principio de jurisdicción universal subsidiario, en la medida que quien cometa un crimen de genocidio, de lesa humanidad o de guerra en el extranjero, será sometido a la jurisdicción de ese Estado, siempre que se encuentre en su territorio, y no fuere solicitado en extradición, ni requerido por un tribunal internacional respecto del cual Suiza hubiere reconocido competencia (Art. 264 m C.P.).

3.3.1.4. La recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

El código Penal Internacional Alemán, siguiendo el ECPI contempla la imprescriptibilidad de la persecución penal y de la ejecución de la pena⁵³⁷ en relación con los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, en tanto que los delitos de infracción al deber de vigilancia de los subordinados (VStGB §§ 13 y 14) se rigen por las normas generales de prescriptibilidad.

La legislación francesa por su parte, establece también un régimen diferenciado, en el que se prevé la imprescriptibilidad para el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, en tanto que respecto de los crímenes de guerra se contempla un término de prescripción ligado al monto de la pena prevista para el delito correspondiente⁵³⁸.

La legislación penal española⁵³⁹, establece la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, de genocidio, contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y terrorismo, en este último, si se hubiere causado la muerte de una persona.

El artículo 101 del Código Penal Suizo, modificado por la ley de implementación sustantiva del Tratado de Roma⁵⁴⁰, establece la imprescriptibilidad de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. No obstante incorpora una cláusula de no retroactividad, según la cual la imprescriptibilidad no se aplicará a las acciones y las penas que ya

⁵³⁷ VStGB § 5.

⁵³⁸ República de Francia. Ley 930 de 2010, Capítulo II, sección 462-11).

⁵³⁹ Código Penal, artículo 131.4, modificado por la L.O. 5 de 2010.

⁵⁴⁰ *Loi fédérale portant modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.*

estuvieren prescritas antes de la entrada en vigor de la ley de implementación, conforme al derecho aplicable en esa fecha.

3.2.2. La implementación procesal. Los mecanismos de cooperación con la Corte Penal Internacional

3.2.2.1. Los mecanismos de comunicación entre la Corte y las autoridades nacionales

En la ley de cooperación alemana, la comunicación con la CPI se desarrolla fundamentalmente a través de los Ministerios de Justicia y Asuntos Exteriores, y de otros ministerios, en el evento que resulten implicados en la solicitud de asistencia⁵⁴¹.

La legislación francesa designa como órgano de relación y consulta con la Corte al Ministerio de Justicia, y la Fiscalía como órgano cooperador que ejecuta las solicitudes de asistencia.

En el modelo español el órgano de relación y consulta con la CPI, es el Ministerio de Justicia, en tanto que los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal son los encargados de ejecutar las solicitudes de asistencia, previa intermediación del Ministerio de Justicia. La denuncia de una situación de crisis ante el Fiscal de la Corte, es una decisión política que corresponde al Gobierno en acuerdo con el Consejo de Ministros, al igual que aquella de impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa.

Las relaciones que se establecen entre Países Bajos y la CPI, presenta ciertas particularidades, derivadas de dos hechos. De un lado, la norma de implementación (ICCA-2002) prevé un deber de cooperación de doble connotación, como Estado anfitrión y como Estado Parte. Y de otro, el Estatuto de Roma es considerado una norma supranacional, lo cual conduce a una verticalidad en la relación entre las autoridades holandesas y el tribunal internacional⁵⁴². De acuerdo con la ley de implementación de Países Bajos, el órgano cooperador por excelencia es el Ministerio de Justicia. A través de éste se canalizan todas las solicitudes de la Corte referidas a entrega de personas y otras formas de cooperación; la asistencia; la ejecución de sentencias; y el enjuiciamiento de los crímenes contra la administración de justicia de la Corte⁵⁴³.

⁵⁴¹ IStGHG § 68.

⁵⁴² ALPER Çinar, and VAN NIEKERK, Sander, op. cit, p.15.

⁵⁴³ Países Bajos. International Criminal Court Act- 2002. Sección 3.

En la ley de implementación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el órgano de relación con la Corte Penal Internacional es la Secretaría de Estado, quien representará al Reino Unido en la comunicación, la asistencia judicial y las consultas que se habrán de llevar a cabo con la CPI⁵⁴⁴.

La ley de cooperación Suiza de 2001 (CICCL), designa como autoridad central para la cooperación con la Corte Penal Internacional a la Oficina Federal de Justicia.⁵⁴⁵ En tal condición representará al Estado en las consultas celebradas con la Corte, en los eventos en que está previsto este mecanismo de interacción: *(i)* para definir si una solicitud de asistencia colisiona con un principio fundamental de derecho estatal (Artículo 93, pár. 3 del ECPI); *(ii)* si la solicitud tiene la potencialidad de afectar los intereses de seguridad nacional (Arts. 72 y 93.4 Ib.); *(iii)* si la misma interfiere con la investigación o enjuiciamiento en curso de un asunto distinto a la causa adelantada en la CPI (Art. 94, pár. 1 Ib.); *(iv)* si afecta inmunidades estatales o diplomáticas (Arts. 98, cc. Con el 27 Ib.); *(v)* para comunicar la negativa definitiva de una solicitud (Art. 10.4 CICCL); y *(vi)* para acordar la forma de cubrir los gastos que se deriven de una solicitud de cooperación (Art. 12 f ib.). Igualmente es la dependencia encargada de sostener la jurisdicción preferente estatal ante la CPI, e impugnar una decisión de admisibilidad ante este tribunal.

3.2.2.2. La detención y entrega de personas a la Corte

En la ley alemana de cooperación, la entrega de ciudadanos, incluidos los nacionales alemanes⁵⁴⁶, se contempla como un deber coercitivo. Se tramita en forma similar a la extradición, mediante el agotamiento de una fase judicial de admisibilidad y un procedimiento ejecutivo de concesión⁵⁴⁷. La competencia para el examen de admisibilidad se radicó en el Tribunal Superior del *Land* (OLG), quien adoptará su decisión con base en los documentos de la entrega o en la audiencia oral que se llevará a cabo con el requerido. Se prevé así mismo una entrega simplificada para el evento en que la persona requerida otorgue su consentimiento, ilustrado previamente por el juez⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ En Escocia el órgano cooperador es el Gobierno Escocés.

⁵⁴⁵ CICCL-2001, Cap. 2, Secc.1. artículo 3.1.

⁵⁴⁶ Artículo 16, pár. 2 de la Constitución GG.

⁵⁴⁷ IStGHG § 6.

⁵⁴⁸ IStGHG § 32.

En sincronía con el ECPI, se contempla la excepción de cosa juzgada, en el evento en que la persona solicitada ya hubiese sido condenada o absuelta por la misma CPI o por un tribunal nacional. En tal caso se interrumpe el procedimiento de entrega hasta tanto la CPI decida sobre la licitud de la entrega⁵⁴⁹. Si la persona solicitada, en efecto, ya hubiere sido sentenciada por la CPI, se sobreseerá el procedimiento penal alemán⁵⁵⁰.

La concurrencia de solicitudes de entrega y extradición se reglamenta siguiendo lo previsto en el artículo 90 del ECPI, bajo el principio de primacía de la solicitud de entrega efectuada por la Corte. La detención provisional para efectos de entrega⁵⁵¹ se regula en armonía con lo previsto en los artículos 59 pár. 1 y 92 del ECPI, lo que implica que, de manera general, las labores de búsqueda y detención con fines de entrega solo se efectuarán una vez recepcionada la solicitud de entrega y la documentación de soporte. Excepcionalmente, procederá la detención preventiva antes de la solicitud de entrega si existe la sospecha fundada de que el requerido va a obstruir la investigación sobre crímenes de genocidio o lesa humanidad⁵⁵². En el caso de los crímenes de guerra se requiere además, sospecha fundada de que el implicado va a rehuir la entrega⁵⁵³. Esta orden de detención provisional será revocada si la Corte manifiesta no tener la intención de requerir la entrega, o si la persona ha permanecido privada de la libertad durante un mes sin que se hubiese recibido la solicitud de entrega⁵⁵⁴.

Frente a la CPI no opera el principio de *especialidad*, por lo que la persona que va a ser entregada también podrá ser perseguida por otros hechos distintos a aquellos que originaron la solicitud de entrega⁵⁵⁵. En el evento de que ya existiere un proceso penal nacional en contra del requerido, la Fiscalía estatal puede prescindir de la persecución nacional a favor de la CPI⁵⁵⁶. Durante el trámite de la entrega se podrán asegurar y enviar a la CPI aquellos objetos que puedan servir como medio de prueba, o que provengan

⁵⁴⁹ Así lo prevé el artículo 89 párrafo 2, inciso 3, del ECPI.

⁵⁵⁰ IStGHG § 69, en concordancia con el artículo 20 párrafo 2 del ECPI.

⁵⁵¹ IStGHG §§ 10 y 11.

⁵⁵² IStGHG § 11, pár. 2, inciso 2.

⁵⁵³ IStGHG § 11, pár. 2, inciso 1, No. 1 y 2.

⁵⁵⁴ IStGHG § 11, pár. 3.

⁵⁵⁵ IStGHG § 25, pár. 1.

⁵⁵⁶ IStGHG § 28, pár. 1.

del ilícito⁵⁵⁷, los que podrán ser incautados aún antes de la solicitud de entrega o asegurados por algún otro medio⁵⁵⁸.

En la legislación francesa, a diferencia de la alemana, no se advierte en esta materia un estricto apego a las regulaciones del ECPI. Esta particularidad puede tener explicación en el hecho de que el modelo de implementación francés fue establecido conjuntamente para la cooperación con la Corte Penal Internacional y con el Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia.

En el modelo francés, el procedimiento de entrega es impulsado por la Fiscalía⁵⁵⁹, pero la decisión de entrega es judicial. Se destaca de esta norma, la minuciosa regulación que se confiere al régimen de libertad. La persona detenida con miras a ser entregada a la Corte, puede recuperar automáticamente su libertad por vencimiento de términos⁵⁶⁰; está facultado para solicitar su libertad provisional en cualquier momento ante la autoridad jurisdiccional; y podrá impugnar la orden de detención provisional ante la CPI. Se prevé la garantía de la defensa técnica privada o estatal, y la prerrogativa de entablar comunicación libre y continua con el defensor.

La ley de cooperación española sigue de cerca el marco que establece el ECPI⁵⁶¹, en materia de detención y entrega. No obstante, en desarrollo de la regla del ECPI que dispone que las solicitudes de detención y entrega se cumplirán de conformidad con el Estatuto y “*y el procedimiento establecido en el derecho interno*”⁵⁶² incorpora una serie de disposiciones relativas a: (i) la determinación de la competencia para el control de la captura (Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional); (ii) los términos para poner a la persona capturada a disposición de la autoridad judicial (72 horas), y para celebrar la audiencia de verificación de identidad e información sobre los motivos de la detención (72 horas); (iii) las garantías que deben ser preservadas al capturado, como el derecho de defensa, a un intérprete, a

⁵⁵⁷ IStGHG § 29.

⁵⁵⁸ IStGHG § 30.

⁵⁵⁹ Op. cit. Ley No. 2002-268 del 26 de febrero de 2002, Cap. I, Sección 2. Art-. 627.4.

⁵⁶⁰ Cuando caduca el plazo de cinco días para el traslado del detenido al sitio de reclusión establecido (Ibíd. Art. 627-6); cuando la entrega no se hace efectiva en un mes contado a partir de la providencia que la decidió, siempre que la demora no se haya producido por circunstancias insuperables (Ibíd. Art. 617-9).

⁵⁶¹ ECPI. Artículos 89 a 91.

⁵⁶² Artículo 89 ECPI.

solicitar su libertad provisional, a ser puesto en libertad si la CPI no envía los documentos necesarios para la entrega, a interponer la excepción de cosa juzgada, y al recurso de apelación contra las resoluciones del Juez Central de Instrucción, para lo cual se remite a la ley de enjuiciamiento criminal.

A la audiencia en que se definirá la entrega podrá asistir e intervenir el Fiscal de la Corte, o su delegado⁵⁶³.

En los eventos en que la solicitud de entrega emanada de la Corte, concorra con una de extradición de un Estado Parte o no, o con una orden de detención europea, la ley dispone que ambas peticiones serán tramitadas ante el Juez Penal de Instrucción asignado, y serán decididas de conformidad con el ECPI, y el tratado de extradición vigente con el Estado u organización requirente; a falta de tratado se dará prelación a la solicitud de entrega⁵⁶⁴.

Se observa que la ley de cooperación española otorga particular importancia al tema de la detención y entrega, estableciendo un régimen de libertad que se ciñe a los parámetros del ECPI, siendo precisado en aspectos específicos como la competencia, los términos, las garantías, los recursos, para lo cual se crean algunas reglas específicas (competencia, términos y garantías), y para otros efectos (recursos) se remite a la Ley de Enjuiciamiento Criminal estatal.

La ley de implementación de Países Bajos, reafirma el deber de cooperación con la Corte, en la entrega "*sin demora*" de la persona requerida ya sea para su procesamiento y enjuiciamiento por crímenes de competencia de la Corte, o para la ejecución de una pena de prisión impuesta por ese tribunal⁵⁶⁵. No se contemplan, en estricto sentido, causales para una negativa de entrega. Sin embargo, previa consulta con la Corte, las autoridades nacionales dispondrán sobre la libertad del capturado en eventos tales como: cuando procede la libertad provisional; o no corresponda la identidad del capturado

⁵⁶³ BOE No. 296. L.O. No. 18 de 2003, artículo 15.1.

⁵⁶⁴ *Ibidem*. Artículos 16.1 y 16.2.

⁵⁶⁵ Países Bajos. ICCA-2002. Secciones 21 (1) y 22 (1).

con el requerido, y hayan transcurridos más de 60 días de la detención preventiva, sin que la CPI formalice la solicitud de entrega⁵⁶⁶.

Un aspecto que ocupa particularmente la atención de la norma de implementación neerlandesa es el relativo a la regulación del tránsito de personas, toda vez que los detenidos por la Corte, deben transitar por el territorio nacional para acceder a las diligencias judiciales. Comoquiera que los funcionarios de la Corte solo tienen jurisdicción en el terreno reservado al organismo internacional, corresponde a las autoridades de Países Bajos, en el marco de la cooperación, la conducción de los detenidos a la Corte, a solicitud de ésta, pero bajo la orientación del Ministerio de Justicia⁵⁶⁷.

En el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el trámite de detención y entrega de una persona a la CPI, es regulado con minuciosidad⁵⁶⁸. Se destaca de esta configuración que contempla las dos modalidades de entrega a que alude el ECPI, la forzada y la simple (consentida), dando particular importancia a esta última, y al trámite para obtener el consentimiento genuino. Contempla la facultad del órgano cooperador (Secretaría de Estado) de impugnar la decisión judicial interna de negar la entrega de una persona, ante las más altas instancias estatales (Corte Suprema y Cámara de los Lores).

En materia de libertad, se introducen una serie de cautelas tomadas de los sistemas internos de estos países que conforman el Reino Unido, como la posibilidad de la libertad bajo fianza; el derecho a la revisión de la orden de entrega; así como la prerrogativa de tramitar una solicitud de *habeas corpus*, directamente o a través de un tercero, lo cual deja en suspenso la orden de entrega mientras se define al respecto. En la misma dirección, establece un límite máximo de 40 días para el trámite de una orden de entrega, contados a partir de su expedición; cumplido éste, la persona podrá solicitar que se retiren los cargos en su contra. Dicha solicitud será resuelta favorablemente (Corte Suprema) a menos que se demuestre una causa razonable que justifique el retraso. A las personas en tránsito por territorio del Reino Unido

⁵⁶⁶ *Ibidem*, Secciones 16, 20, 25 y 26.

⁵⁶⁷ *Ibidem*. Sección 5. Artículos 85 a 86.

⁵⁶⁸ Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. International Criminal Court Act. 2001. Sección Novena.

para ser entregadas a la Corte, se aplicará el mismo régimen de la detención y entrega (ICC Act.2001. Sección 2 (3)).

En el modelo de cooperación suizo (CICCL-2001), se establece una minuciosa regulación del procedimiento de entrega de personas a la Corte, la cual sigue muy de cerca las previsiones del ECPI.⁵⁶⁹ A través de las 3 secciones que conforman el capítulo dedicado a esta materia, se regulan las causas, los requisitos y las garantías que deben rodear este acto. Se destaca en esta norma, la potestad asignada a la autoridad central de cooperación para suspender la entrega de una persona requerida hasta tanto se defina la competencia de la CPI⁵⁷⁰.

De manera precisa la ley regula el tránsito de una persona detenida por orden de la Corte, a través del territorio suizo, así como el traslado temporal de personas detenidas en Suiza para que declaren ante la Corte Penal Internacional. En caso de presentarse solicitudes concurrentes de entrega y extradición de una misma persona por parte de la CPI y de un tercer Estado, la Autoridad Central decidirá de conformidad con el artículo 90 del ECPI.

3.2.2.3. Los mecanismos para desarrollar la asistencia judicial

En lo que respecta a otras formas de asistencia judicial se identifica una clara decisión del legislador alemán de establecer las bases normativas para prestar a la CPI *“todo apoyo”* que se derive de las potestades que le otorga el ECPI para el desarrollo de su actividad⁵⁷¹, bajo la comprensión de que se trata de un acto *“obligatorio de prestar la demás asistencia judicial en caso de que se den los supuestos del Estatuto de la CPI y de la IStGHG”*⁵⁷².

Siguiendo el artículo 93, párrafo 1, a-k del ECPI, regula una serie de medidas de asistencia judicial, como la restitución de objetos, la confiscación, el registro y embargo de bienes, y la protección de personas⁵⁷³. Adicionalmente, incluye medidas que no están expresamente previstas en el

⁵⁶⁹ Op. cit. Swiss Federal Law of 22 June on co-operation with the International Criminal Court. Chapter 3. Section 1-3. Arts. 16 a 28.

⁵⁷⁰ *Ibidem*. Art. 16.

⁵⁷¹ IStGHG § 47 pár. 2.

⁵⁷² AMBOS, K. La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania. p. 41.

⁵⁷³ IStGHG §§ 51, 52, 56.

ECPI, pero que son admisibles según el derecho nacional⁵⁷⁴, tales como la vigilancia de telecomunicaciones y la observación⁵⁷⁵.

En los actos de investigación y asistencia judicial efectuados en territorio alemán, en el marco de la cooperación, está permitida la intervención de personal y apoderados de la Corte, quienes pueden levantar actas y efectuar grabaciones (sonoras y en video)⁵⁷⁶. Se prevé, así mismo, que la Corte pueda realizar de manera autónoma, audiencias y diligencias judiciales probatorias en territorio alemán, siempre que no se trate de medidas de carácter coercitivo⁵⁷⁷.

Para efectos de la cooperación pasiva, es decir las peticiones de asistencia dirigidas por las autoridades alemanas a la CPI, la ley de implementación remite a las formalidades y requisitos establecidos en el artículo 96, párrafo 1. 4, y párrafo 2. 4 del ECPI⁵⁷⁸.

El legislador español, regula la asistencia judicial mediante una sencilla fórmula de remisión al artículo 93 del Estatuto de Roma, en lo que no estuviere prohibido en el derecho interno, destacando el propósito de facilitar el proceso ante la Corte⁵⁷⁹.

Distanciándose de otras regulaciones, la española no establece causales de denegación de una solicitud de asistencia judicial proveniente de la Corte, dado que de presentarse un inconveniente en la solicitud que involucre la afectación de la seguridad nacional⁵⁸⁰ o de un tercer Estado, se llevarán a cabo consultas con el propósito de posponer o condicionar el cumplimiento de la petición.

⁵⁷⁴ Alternativa de implementación que se fundamenta en el artículo 93, pár. 1, l) del ECPI.

⁵⁷⁵ IStGHG § 59.

⁵⁷⁶ IStGHG § 60.

⁵⁷⁷ IStGHG § 62, en concordancia con el artículo 99 pár. 4 del ECPI.

⁵⁷⁸ IStGHG § 64. El párrafo 4 del artículo 96 extiende a las solicitudes realizadas a la Corte, las formalidades y requisitos exigidos respecto de los requerimientos de asistencia que emanan de ésta.

⁵⁷⁹ El artículo 20. 1 de la L.O. 18/03 española al referirse a otras formas de cooperación señala: “Los órganos judiciales y las restantes autoridades intervinientes darán cumplimiento a las solicitudes de cooperación formuladas por la Corte previstas en el artículo 93 del Estatuto que no estuvieran prohibidas en la legislación española y cuyo fin fuera también facilitar el proceso ante la Corte”.

⁵⁸⁰ Artículo 20 *Ibidem*.

La regulación de la asistencia en la ley de implementación de los Países Bajos, se encuentra determinada por las especiales relaciones que se establecen entre las autoridades nacionales y la Corte Penal Internacional, caracterizadas estas por la verticalidad. En ese orden de ideas, se contempla una amplia disposición del Estado de cooperar con la Corte en materia de asistencia, la cual se encuentra regida, no solamente por las disposiciones del artículo 93 ECPI, aplicables directamente en el orden interno, en virtud de la supremacía del tratado, sino por una amplia regulación que se introduce en la ley de cooperación. Ésta atañe a la práctica de pruebas (testimonio bajo juramento, la audiencia de expertos); la provisión y registro de documentos; la posibilidad de recibir un testimonio o una experticia por videoconferencia; la identificación de personas mediante examen físico y prueba de ADN; la obtención de pruebas documentales y de datos registrados en archivos informáticos⁵⁸¹. Para la búsqueda de personas se autoriza el uso de los datos contenidos en archivos policiales, incluso, información restringida, la cual debe ser suministrada por la Agencia Nacional de Servicios de Policía⁵⁸².

El “International Criminal Court Act- 2001” del Reino Unido, enuncia una serie de actividades de asistencia con la CPI que tienen sustento en el ECPI. En este sentido, refiere expresamente a solicitudes relativas a: (i) la práctica de un interrogatorio, para lo cual se exige que la persona haya sido informada de sus derechos en virtud del artículo 55 ECPI⁵⁸³, y acepte ser entrevistada

⁵⁸¹ Países Bajos. ICCA-2002. Sección 3. Artículos 45 a 54.

⁵⁸² ALPER, and VAN NIEKERK, op. cit, p.19.

⁵⁸³ “Artículo 55. **Derechos de las personas durante la investigación.** 1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto: a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; b) Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; c) Quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad; y d) Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él. //2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: a) A ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia; c) A ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la

((ICC- Act-2001- Sección 26); (ii) la asistencia en la toma o producción de otras pruebas (Ibídem. Sección 29-30); (iii) la notificación de una citación u otro documento (Ibídem Sección 31); (iv) la transferencia (consentida) de prisioneros con fines de aportar evidencia (Ibídem. Sección 32); (v) el registro e incautación de bienes, previo mandamiento u orden conforme al derecho interno (Ibídem. Sección 33); (vi) la obtención de grabaciones y/o documentos (Ibídem. Sección 36); (vii) el embargo preventivo sobre bienes susceptibles de decomiso (Ibídem. Sección 38); y (viii) la protección de víctimas y testigos.

La única causal de denegación de una solicitud de asistencia judicial emitida por la Corte Penal Internacional es la afectación de la seguridad nacional del Reino Unido. Para respaldar la negativa se considera prueba concluyente una certificación de la Secretaría de Estado, en el sentido que la producción de los documentos o la divulgación de la información requerida sería perjudicial para la seguridad del Reino Unido.

El capítulo cuarto de la ley de cooperación suiza que regula las “*otras formas de asistencia*” con la Corte, contempla una serie de actos y diligencias judiciales que caen dentro del ámbito del artículo 93 del ECPI⁵⁸⁴. Adicionalmente se introduce una regla complementaria según la cual dentro de la asistencia judicial a la CPI se incluyen todas actuaciones judiciales que no estén prohibidas por la ley suiza y que faciliten la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de competencia de la Corte.

Se advierte un especial celo en esta ley por establecer principios y reglas orientados a la salvaguardia de los derechos de los ciudadanos en general,

justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes; y d) A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada.” (Estatuto de la Corte Penal Internacional. En línea: [http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)).

⁵⁸⁴ Identificación y ubicación de personas no procesadas por la Corte, o de objetos; la obtención y remisión de pruebas incluidos los testimonios bajo juramento, los dictámenes e informes periciales; la realización de interrogatorios a personas objeto de investigación o enjuiciamiento; la notificación de documentos administrativos y judiciales; el traslado temporal de personas; el examen de los lugares o sitios incluida la exhumación de cadáveres; la ejecución de allanamientos y decomisos; la redacción de actas, documentos y registros privados y oficiales; la protección de las víctimas y los testigos y la preservación de la prueba; la identificación, localización y embargo preventivo o incautación de los bienes, activos o instrumento del delito con fines de decomiso (Op. cit. Swiss Federal Law of 22 June 2001, on co-operation with the International Criminal Court. Chapter 4. Artículo 30).

en el proceso de recolección de evidencia. La ley suiza no establece una obligación de comparecencia para las personas que son requeridas en calidad de testigos o peritos. Se contemplan procedimientos específicos para la preservación de los derechos de terceros de buena fe que pudieren resultar afectados en la incautación de bienes con fines probatorios, o que sea propiedad de la persona detenida. Este mismo espíritu se identifica en el carácter público, como regla general, de los procedimientos, pruebas, audiencias y documentos producidos en el proceso de cooperación con la CPI⁵⁸⁵, así como en las previsiones sobre la responsabilidad extracontractual del Estado Suizo, por las detenciones injustificadas que se produjeran como consecuencia de la ejecución de órdenes de la Corte Penal Internacional⁵⁸⁶.

Así mismo, respecto de las personas sospechosas de haber cometido un crimen de competencia de la Corte, se prevén las garantías universales propias del juicio justo.

El aplazamiento o la negativa a prestar asistencia judicial solo puede estar sustentada en: (i) que la ejecución inmediata de una solicitud de asistencia interfiera con una investigación o un enjuiciamiento en curso, por un asunto distinto al que se refiere la solicitud (aplazamiento)⁵⁸⁷; y (ii) si la Autoridad Central tiene motivos serios para creer que la ejecución de una solicitud de asistencia puede poner en riesgo los intereses nacionales de seguridad. La negativa debe provenir del Consejo Federal, previa solicitud del Departamento de Justicia⁵⁸⁸.

3.2.2.4. La ejecución de sentencias

En Alemania, la asistencia judicial para la ejecución de penas privativas de la libertad y otras sanciones pecuniarias, y las medidas de reparación, se regula⁵⁸⁹ siguiendo muy de cerca los parámetros establecidos por el ECPI⁵⁹⁰. En este sentido, se preserva la competencia de la Corte para todas las decisiones relativas a las condiciones de ejecución, de modo que ésta se realiza según sus especificaciones. Paralelamente, se establecen reglas que

⁵⁸⁵ *Ibidem*. Artículo 46.

⁵⁸⁶ *Ibidem*. Artículo 15.

⁵⁸⁷ *Ibidem*. Artículo 43.

⁵⁸⁸ *Ibidem*. Artículo 44.

⁵⁸⁹ IStGHG § 40-46.

⁵⁹⁰ ECPI artículos 105y106.

garantizan la confidencialidad y libertad en la comunicación, entre el penado y el tribunal internacional⁵⁹¹.

El legislador francés dejó establecida en la ley de implementación (No.268/02) la facultad al Gobierno para que, en cada caso concreto, acuerde con la CPI la recepción de un condenado, así como las condiciones en que habrá de ejecutarse la sentencia proferida por el tribunal internacional⁵⁹². Reconoce la competencia privativa de la CPI para supervisar la pena impuesta por ese tribunal, previendo que eventuales solicitudes relativas a autorización para trabajar, libertad condicional, suspensión de la pena, sustitución de la pena por vigilancia electrónica, deben ser remitidas por el Ministerio de Justicia a la Corte para que se pronuncie sobre dichos beneficios. Incorpora una regulación acerca de la cooperación para la ejecución de las órdenes de decomiso y embargo proferidas por el tribunal internacional, estableciendo su oponibilidad frente a terceros, pero también el derecho de impugnación de la medida por parte de los terceros de buena fe. En caso de imposibilidad de ejecutar el decomiso, se autoriza a la autoridad nacional para adoptar todas las medidas proporcionales orientadas a recuperar el valor de los bienes o activos objeto de la orden de decomiso⁵⁹³.

El legislador español, establece una regulación básica sobre la ejecución de sentencias de la Corte, remitiendo para el efecto a las normas generales del derecho interno español, a los eventuales acuerdos que se lleven a cabo con la Corte, y al Estatuto de Roma. Desde la Ley Orgánica 6 de 2000 que contiene la autorización para la ratificación del Estatuto de Roma, se dejó establecida, con ciertas limitaciones, la voluntad de España de cooperar en la ejecución de las sentencias de la CPI, al indicar que: *“España declara que en su momento, estará dispuesta a recibir personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española”*⁵⁹⁴.

La norma española prevé igualmente el compromiso de los jueces de vigilancia penitenciaria y del Ministerio del Interior, en orden a prestar el máximo apoyo a magistrados y funcionarios de la Corte que se hiciesen presentes en España para supervisar la ejecución de las penas⁵⁹⁵. Cuando la petición de ejecución de la Corte se refiera a otras sanciones como la multa o

⁵⁹¹ IStGHG § 41 pár. 5.

⁵⁹² Op. cit. Ley. No. 2002/268, Capítulo II, sección ii, artículo 627-18).

⁵⁹³ Ibídem. Título I, Cap. II, Sección I, artículo 627-16.

⁵⁹⁴ Cortes de España. Boletín núm. 239. Ley Orgánica 06/2000, de 4 de diciembre, autorización para la ratificación del Estatuto de Roma. Disposición adicional única.

⁵⁹⁵ Ibídem. Artículo 22.3.

la orden de decomiso, la ley de implementación dispone que el Ministerio de Justicia transmitirá la documentación pertinente al Fiscal General del Estado para que inste la ejecución ante el órgano judicial competente, con el propósito de que se pongan a disposición del Ministerio de Justicia los bienes o sumas obtenidas para su transferencia al Tribunal Penal Internacional.⁵⁹⁶

También en este ámbito, la ley de implementación de los Países Bajos, ofrece sus particularidades, comoquiera que por su condición de Estado anfitrión, y en los términos del acuerdo celebrado con la Corte, debe recibir a los condenados que otros Estados no estén dispuestos a aceptar (Art. 103.4 ECPI). Su obligación es residual, toda vez que está obligado a ejecutar las condenas impuestas por la Corte, cuando los demás países no estén dispuestos a aceptar a los sentenciados por el tribunal internacional⁵⁹⁷.

En el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la ley de implementación (ICCC-Act.-2001) establece un marco muy general, comoquiera que existe un acuerdo específico entre esta Unión y la Corte Penal Internacional (AGUK) para la cooperación en materia de ejecución de sentencias⁵⁹⁸. La ley delega al órgano de cooperación la facultad de aceptar a un condenado por la CPI, en cada caso concreto en que se formule una solicitud.

Por su parte, el acuerdo prevé que los condenados recibidos en el sistema penitenciario del Reino Unido, tendrán las condiciones de reclusión equivalentes a las de los reclusos sancionados por los tribunales nacionales. Exige, así mismo, una permanente comunicación entre las autoridades de ejecución del Reino Unido y la Presidencia de la Corte, en especial, en lo que concierne al cumplimiento de la condena, su fallecimiento, o cualquier otro aspecto relevante que afecte las condiciones de ejecución. Reitera la previsión del ECPI (Art. 105.2), en el sentido que la supervisión sobre la ejecución de la pena compete exclusivamente a la CPI, y los Estados ejecutores no podrán modificar la condena. La supervisión comporta la

⁵⁹⁶ *Ibidem*. Artículo 22.7

⁵⁹⁷ Países Bajos. ICCA-2002. Artículo 68.

⁵⁹⁸ Corte Penal Internacional. Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y del Tribunal Penal Internacional para la ejecución de las penas impuestas por la Corte Penal Internacional (Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the International Criminal Court on the enforcement of sentences imposed by the International Criminal Court). En Línea: [<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C540B3EF-F3FF-4AD0-93F5-DA85E96B1522/0/ICCPres040107ENG.pdf>]. [Tomado el 12 de junio de 2012].

inspección periódica sobre las condiciones de encarcelamiento, y el tratamiento que reciben las personas condenadas⁵⁹⁹.

En la regulación Suiza sobre cooperación⁶⁰⁰ se autoriza la asistencia para la ejecución de condenas proferidas por la Corte Penal Internacional, siempre y cuando la persona sentenciada sea ciudadano suizo o su residencia habitual esté en Suiza⁶⁰¹. En lo que concierne a las multas, la única condición para proceder a la ejecución es que la persona sobre quien pesa la sanción tenga bienes en Suiza⁶⁰². Se reitera la previsión del Estatuto según la cual la supervisión de la condena se encuentra radicada en la propia Corte, por lo que cualquier solicitud orientada a modificar la condena y sus condiciones de ejecución, como una solicitud de libertad condicional, indulto, apelación o nulidad, debe ser transmitida a la Corte para su decisión⁶⁰³.

Se establecen además una serie de reglas para la ejecución de otras medidas restrictivas de derechos, orientadas a garantizar la reparación de las víctimas del delito, tales como las incautaciones y los embargos sobre instrumentos utilizados en la comisión del crimen; o que fueron producto del acto criminal, o su valor de reposición. Estos bienes podrán ser remitidos al fondo fiduciario para las víctimas (Art. 79 ECPI), o retenidos en Suiza si la residencia habitual de la víctima se encontrare en este país, y se pretenda que los bienes le sean regresados; un tercero de buena fe alega derechos sobre ellos; o sean requeridos en procesos penales que cursen en Suiza⁶⁰⁴.

3.3. Balance. Verificación del grado de cumplimiento de las funciones adscritas al principio de complementariedad en la experiencia europea

3.3.1. La observación de las leyes de implementación del Estatuto de Roma adoptadas en Alemania, Francia, España, Países Bajos, Reino Unido y Suiza, permite ante todo constatar la relevancia que reviste para la efectividad del sistema de justicia plasmado en el ECPI, la realización de una implementación completa, que involucre los planos sustantivo y procesal. Las funciones atribuidas al principio de complementariedad solo se satisfacen si los Estados, además de establecer los mecanismos y canales apropiados para cumplir con el deber de cooperar con la Corte en todos los ámbitos

⁵⁹⁹ De conformidad con el acuerdo (Ibídem) las condiciones de reclusión serán revisadas por la CPI a través del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos y Degradantes (CPT).

⁶⁰⁰ Op. cit. Swiss Federal Law of 22 June 2001 on co-operation with the International Criminal Court. Chapter 5: Enforcement of penalties of the Court.

⁶⁰¹ Ibídem. Artículo 53.1.

⁶⁰² Ibídem. Artículo 53.2.

⁶⁰³ Ibídem. Artículos 55 y 56.

⁶⁰⁴ Ibídem. Sección 2, artículo 58, el cual remite al 41 ib.

previstos en el ECPI, adecúan sus sistemas normativos para poder ejercer la competencia preferente, derivada del principio de complementariedad.

3.3.2. La función *armonizadora* del derecho penal internacional que cumple este principio, se identifica en todas las experiencias normativas reseñadas en varios aspectos. En primer lugar, en la tipificación en el orden interno, de los delitos de competencia de la CPI, ratificando el consenso internacional en torno a las conductas que presentan una mayor capacidad de afectación de los valores de la comunidad internacional, y que convocan el imperativo ético y jurídico de los Estados de propender por su prevención y erradicación a través del recurso penal. El modelo de interacción entre el derecho internacional y el nacional al que se acudió para la configuración de los delitos, fue en algunos casos el de la *transcripción* de las normas del ECPI (Reino Unido y Países Bajos), y en otros, el de la *adecuación* del derecho nacional, tomando como referente las prohibiciones del tratado y haciendo los ajustes que impone el principio de legalidad estricto, el sistema de penas nacional, y consideraciones de política criminal interna (Alemania⁶⁰⁵, Francia, España y Suiza).

3.3.3. La pretensión armonizadora que se deriva del principio de complementariedad se hace presente también, en la incorporación, en todos los sistemas de implementación observados, de las reglas de imputación previstas en el artículo 28 del Estatuto de Roma, para deducir responsabilidad a los comandantes militares y otros superiores, que incumplan sus deberes de control efectivo sobre las personas bajo su mando o subordinación. En este aspecto, la técnica de *adecuación* estuvo orientada por los desarrollos de la teoría jurídica penal de cada país en materia de responsabilidad penal por omisión. Y adicionalmente, por el principio de proporcionalidad, que exige regímenes diferenciados para el manejo de los distintos grados de participación, y el tratamiento ponderado de actitudes internas de diversa intensidad, que generan diferente grado de reproche.

3.3.4. Se identifica también un criterio armonizador en la concepción del principio de jurisdicción universal, el cual lejos de ser incompatible con la

⁶⁰⁵ En el desarrollo legislativo alemán, la pretensión armonizadora se hace evidente en que tomando en cuenta los propósitos y el plan del ECPI, adecúa su normatividad interna, a efecto de habilitarse para ejercer la jurisdicción prioritaria que le señala el Estatuto, tipificando los crímenes internacionales, introduciendo su imprescriptibilidad, extendiendo a estas especies punitivas el principio de jurisdicción universal, y estableciendo categorías de imputación propias de la criminalidad de sistema como son la responsabilidad por omisión de los Jefes militares y los superiores civiles, y la actuación bajo órdenes. Adicionalmente adopta especificidades propias de su sistema estatal, como por ejemplo la remisión al código penal alemán en la parte general, y la configuración de los crímenes internacionales apelando a unos criterios de ordenación propios (crímenes de guerra), y a descripciones más compatibles con el principio de legalidad estricto que impera en el derecho penal estatal.

jurisdicción del tribunal internacional, se presenta como subsidiario, en aquellas hipótesis en que no concurren los factores de competencia y las razones de admisibilidad de la CPI (Alemania, Francia, Suiza). España se aparta de esta concepción, comoquiera que estableció una inhibición frente a la jurisdicción universal, en favor de la de la CPI.

3.3.5. La incorporación del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, también aparece sometido a un proceso de *adecuación*, toda vez que los sistemas en que es acogido se apartan de la fórmula absoluta establecida en el artículo 29 del ECPI, para optar por regímenes diferenciados en los que se excluye de dicha regla la responsabilidad por infracción al deber de vigilancia de los subordinados (Alemania); los crímenes de guerra (Francia); o las situaciones de prescripción ya consolidadas (Suiza).

3.3.6. En la implementación del tratado en materia de cooperación, el efecto armonizador se produce por el hecho de que las partes IX⁶⁰⁶ y X⁶⁰⁷ del Estatuto de Roma, constituyen referentes obligados para el diseño de un esquema normativo de cooperación. Todos los sistemas de cooperación observados, en menor o mayor medida ajustan su regulación interna sobre cooperación a los parámetros del Estatuto, matizando este esquema con remisiones al Derecho nacional.

3.3.7. El papel *dinamizador* de las legislaciones internas que cumple el principio de complementariedad, aparece de manifiesto en las experiencias normativas examinadas. El proceso de adhesión al Tratado de Roma se perfeccionó en los Estados reseñados, durante los años 2000 y 2001⁶⁰⁸. A partir de ese momento se ha producido un profuso desarrollo legislativo orientado a la implementación del tratado en los aspectos sustantivo y procesal: Alemania profirió sus leyes de implementación en el año de 2002; Francia en los años 2002 (sustantiva) y 2010 (procesal); España en los años 2003 (sustantiva y procesal), y 2010 (sustantiva); el Reino Unido en el año 2001; Países Bajos en el 2002; y Suiza en el 2001 (procesal), y en el 2010 (sustantiva). Algunos Estados tuvieron claridad desde un comienzo en la necesidad de expedir leyes de implementación que atendieran los aspectos sustantivo y procesal (Alemania, Reino Unido y Países Bajos). Otros en

⁶⁰⁶ “De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial”.

⁶⁰⁷ “De la Ejecución de las Penas”.

⁶⁰⁸ Alemania ratificó el tratado el 11 de diciembre de 2000; Francia el 9 de junio de 2000; España el 24 de octubre de 2000; Países Bajos el 17 de julio de 2001; Reino Unido el 4 de octubre de 2001 y Suiza el 12 de octubre de 2001.

cambio, procedieron inicialmente a una implementación procesal, y pasado un tiempo asumieron la adecuación sustantiva (Suiza, Francia); otros han ido en un proceso gradual de adecuación de su sistema normativo a los requerimientos de la complementariedad y de la cooperación.

3.3.8. En las experiencias reseñadas se observa que los Estados que han desarrollado una implementación completa (sustantiva y procesal) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, han asumido esta tarea, desde el punto de vista jurídico, en el marco de las obligaciones que les impone su condición de Estados Partes del tratado multilateral; y desde el punto de vista ético a partir de su condición de miembros de una comunidad de naciones que promueve la realización de los valores esenciales del ser humano, fundamento y fin de esa organización.

3.3.9. En cuanto a la función *reguladora de las relaciones* entre la CPI y las autoridades estatales, en las leyes de implementación procesal examinadas, se advierte el propósito de establecer reglas claras para regular estas relaciones, desarrollando todas las formas de cooperación previstas en el ECPI. El primer elemento que denota este propósito es la designación, en todas las leyes examinadas, de un órgano a través del cual se canalizan las relaciones entre la Corte y las autoridades nacionales. En la mayoría de las legislaciones, la relación política y diplomática se desarrolla a través de los Ministerios o las Oficinas de Justicia y de Relaciones Exteriores, los cuales se apoyan en las instancias judiciales para la ejecución de las actividades de cooperación (Alemania, Francia, España, Países Bajos, Suiza). En otros (Reino Unido), la relación presenta un carácter fuertemente político, en tanto toda la relación se canaliza a través de un órgano de esta naturaleza. En todo caso, decisiones de gran impacto político como la remisión de una situación a la Corte, la impugnación de la admisibilidad de una situación, o la negativa de asistencia o entrega, deben producirse con la intervención de las más altas instancias políticas.

Esta pretensión *reguladora* se hace también visible en la minuciosa configuración de los mecanismos que permiten a las jurisdicciones internacional y nacional interactuar en la entrega de personas a la Corte Penal Internacional, estableciendo competencias internas, las garantías universales que se deben preservar a las personas detenidas, y los

mecanismos para solucionar eventuales conflictos que se pudieren presentar entre las dos jurisdicciones. Este mismo propósito, aparece evidente en la regulación de la asistencia, cuya fuente primordial es el propio Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, complementados por útiles referencias y remisiones al Derecho nacional.

3.3.10. La función de salvaguardia de la soberanía estatal, atribuida al principio de complementariedad se pone de presente, fundamentalmente en el celo por adecuar el sistema normativo en el aspecto sustancial, a efecto de retener su jurisdicción prevalente, así como en el apego al ECPI en el desarrollo de la regulación estatal, bajo la idea de que este ejercicio constituye la expresión soberana de los Estados. A través de la completa regulación sustantiva y procesal introducida mediante las leyes de implementación, se concibe un modelo de interacción entre las jurisdicciones internacional y estatal, en el que se aprecian *marcos y límites* claros de actuación.

3.3.11. La regulación integral efectuada por los sistemas jurídicos examinados (Alemania, Francia, España, Países Bajos, Reino Unido, y Suiza) devela una posición política y jurídica clara de estos Estados de *tomarse en serio* el modelo de administración de justicia fundado en la complementariedad, y en la distribución del trabajo entre la CPI y el Estado, comoquiera que además de incorporar el derecho penal internacional en el sistema jurídico interno, crea condiciones para posibilitar el ejercicio complementario de la jurisdicción internacional (CPI), mediante normas de cooperación.

4. El proceso de implementación en Asia

4.1. El estado actual de la implementación en el continente asiático

De los 45 países que conforman el continente asiático, sólo 9 han ratificado el Estatuto de Roma. Son ellos: Afganistán⁶⁰⁹, Bangladesh⁶¹⁰, Camboya⁶¹¹, Filipinas⁶¹², Japón⁶¹³, Maldivas⁶¹⁴, Mongolia⁶¹⁵, República de Corea (Sur

⁶⁰⁹ Febrero 10 de 2003.

⁶¹⁰ Marzo 23 de 2010.

⁶¹¹ Abril 11 de 2002.

⁶¹² Agosto 30 de 2011.

corea)⁶¹⁶ y Timor Leste⁶¹⁷. De estos Estados Partes, únicamente 3, la República de Corea, Japón y Filipinas han promulgado legislación de implementación del tratado que estableció la CPI, ya sea en el ámbito sustancial y/o procesal. El APIC únicamente ha sido ratificado por Mongolia y República de Corea. Se han suscrito en este continente 16 ABI (3 de ellos ratificados y 4 mediante acuerdos ejecutivos)⁶¹⁸.

Otros Estados de este continente se encuentran realizando trabajos internos para cumplir con las obligaciones del artículo 86 del ECPI. Tal es el caso de Afganistán, Estado que debido a una fuerte presión de la sociedad civil, ha elaborado documentos preliminares para comenzar el proceso de implementación. En Mongolia, se conformó un grupo de trabajo sobre la CPI para discutir y proceder a su implementación, sin embargo, tal proceso parece estar detenido. Camboya y Timor Leste han avanzado lentamente en su labor de adecuación normativa⁶¹⁹.

A continuación, se presentará la ley de implementación de Filipinas, única a la que tuvimos un acceso integral. En relación con Japón y Corea del Sur, no se ha producido una divulgación suficiente que permita el acceso a las leyes en su totalidad. El caso Filipinas será presentado de acuerdo con las variables seleccionadas para el análisis de legislaciones nacionales de implementación.

4.2. Filipinas.

4.2.1. La posición política y jurídica del Estado Filipino.

Filipinas firmó el Estatuto de Roma el 28 de diciembre de 2000 y lo ratificó el 30 de agosto de 2011. Este acto se produjo como consecuencia de una fuerte presión de la sociedad civil, canalizada a través de algunas líderes del

⁶¹³ Julio 17 de 2007.

⁶¹⁴ Septiembre 21 de 2011.

⁶¹⁵ Abril 11 de 2002.

⁶¹⁶ Noviembre 13 de 2002.

⁶¹⁷ Septiembre 6 de 2002.

⁶¹⁸ Coalición para la Corte Penal Internacional. En Línea http://www.iccnw.org/documents/CICC_PR_ASIA_RSM_210411__finalsp.pdf. Tomado el 28 de diciembre de 2011.

⁶¹⁹ *Ibidem*.

Senado de la República, órgano que había aprobado numerosas resoluciones de legisladores que solicitaban la ratificación del tratado multilateral⁶²⁰. Durante la presidencia de Benigno Aquino III y luego de la visita del Presidente de la CPI el Juez Sang Hyun Song en marzo de 2011, se avanzó significativamente en el proceso de adhesión al Estatuto de Roma. De ahí que, el instrumento de ratificación del tratado fue firmado por el Presidente Aquino el 6 de mayo de 2011 y aprobado por el Senado de la República el 30 de agosto del mismo año.

Sin embargo, desde en el año 2009 (27 de julio), aún antes de la ratificación del tratado, ya se había proferido una ley de implementación en el orden jurídico interno filipino. Mediante dicha ley, de alcance sustantivo, se definieron y penalizaron los crímenes contra el derecho internacional humanitario, el genocidio y otros crímenes contra la humanidad, se organizó la jurisdicción y se designaron tribunales especiales⁶²¹.

Como rasgo general, la ley reafirma los compromisos internacionales asumidos por el Estado filipino en materia de derechos humanos y derecho humanitario, mencionando una multiplicidad de fuentes internacionales que autoriza sean aplicadas por los jueces nacionales⁶²². Declara que Filipinas renuncia a la guerra como instrumento de la política nacional, adopta los principios generalmente aceptados del derecho internacional como parte de

⁶²⁰ Las Senadoras Loren Legarda y Miriam Defensor Santiago, presentaron en junio de 2001 y agosto de 2006, sendas solicitudes al Ejecutivo para que completara el proceso de ratificación del Tratado de Roma, a fin de que Filipinas pudiera participar del mandato de la CPI.

⁶²¹ Republic of the Philippines. Congress of the Philippines, Metro Manila Fourteenth Congress, third regular session begun and held in Metro Manila, on Monday, the twenty-seventh day of July, two thousand nine. Republic act No. 9851, an act defining and penalizing crimes against international humanitarian law, genocide and other crimes against humanity, organizing jurisdiction, designating special courts, and for related purposes. [El texto de la Ley se encuentra en idioma inglés. El análisis aquí realizado se basa en traducción no oficial].

⁶²² Menciona: (a) la Convención sobre el Genocidio de 1948; (b) los Convenios de 1949 Ginebra I-IV, sus Protocolos adicionales de 1977, I y II, y su Protocolo adicional III de 2005; (c) la Convención de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y sus Protocolos I y II de 1999; (d) la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo de 2000 relativo a la participación de niños en conflictos armados; (e) las normas y principios del derecho internacional consuetudinario; (f) las decisiones judiciales de cortes y tribunales internacionales; (g) los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes y aplicables; (h) los demás tratados y convenciones internacionales pertinentes o ratificado por la República de Filipinas, entre los que actualmente se encuentra el Estatuto de Roma, y (i) las enseñanzas de los publicistas de mayor competencia y comentarios autorizados sobre las fuentes anteriores como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho internacional (Ibidem. Sección 15).

la ley internacional y se adhiere a una política de paz, igualdad, justicia, libertad, cooperación y amistad con todas las naciones. Reconoce la dignidad de toda persona humana y garantiza el pleno respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las comunidades culturales indígenas y otros grupos vulnerables, como las mujeres y los niños⁶²³.

4.2.2. La forma de implementación adoptada

La República de Filipinas optó por una forma de implementación que mezcla el modelo basado en la incorporación, con la implementación modificatoria. En efecto, expidió una ley específica, de alcance fundamentalmente sustantivo en la que remite a una serie de fuentes internacionales directamente aplicables por los jueces nacionales. Adicionalmente elaboró descripciones de los crímenes internacionales conforme al Estatuto de Roma, pero adecuando su configuración para proveer de mayor claridad determinadas categorías que tienen su fuente en el derecho internacional.

4.2.3. La dimensión sustantiva de la implementación

4.2.3.1. La incorporación de los tipos penales que conforman la competencia material de la Corte

La ley introduce definiciones de los tipos penales de competencia de la Corte, en las que se identifican los elementos esenciales de las descripciones de los artículos 6, 7 y 8 ECPI, aunque complementadas con otras fuentes internacionales, especialmente de derecho internacional humanitario, para efectos de precisar algunos conceptos especializados. En este orden de ideas, particular atención confiere a los crímenes de guerra, cuyas descripciones son precisadas acudiendo a categorías provenientes del derecho humanitario, tales como el concepto de conflicto armado, de combatiente, de persona protegida, de necesidad militar, entre otros. Con relación al delito de genocidio, la norma precisa el concepto de grupo protegido, conforme a la doctrina y jurisprudencia internacional, al señalar que en esta expresión se incluyen todas aquellas colectividades que tengan el carácter de estables y permanentes⁶²⁴. En tanto que respecto del crimen de lesa humanidad, reproduce íntegramente los elementos esenciales que lo identifican en su hecho global, estableciendo como contexto del delito el

⁶²³ República de Filipinas- Ley No. 9851 (Secciones 1 y 2).

⁶²⁴ *Ibidem.* (Sección 5).

ataque generalizado o sistemático contra una población civil (Art. 7.1 ECPI). Lo propio sucede con sus actos individuales que corresponden, en esencia, a los recogidos en el artículo 7.2 del ECPI⁶²⁵.

4.2.3.2. La creación de categorías de imputación acordes con la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales

La ley filipina acoge el esquema de autoría y participación configurado en el Estatuto de Roma (Art. 25), y en esa medida contempla las categorías de: 1) autor – directo o mediato – 2) coautor; 3) partícipe. Además, regula la figura de la responsabilidad por el mando, concibiéndola como delito de comisión por omisión, con una descripción que recoge los elementos del artículo 28 del ECPI⁶²⁶.

De otra parte, la norma filipina reitera la improcedencia del cargo oficial como defensa, frente al juzgamiento de los crímenes allí descritos⁶²⁷. Cabe decir, que la ley sólo previó como eximente de responsabilidad el cumplimiento de una orden u obligación legal. Aunque, ésta operará cuando se cumplan los siguientes condicionamientos: (a) la persona está bajo la obligación legal de obedecer órdenes emitidas por el Gobierno o el superior correspondiente; (b) la persona no conoce que la orden era ilícita; y (c) la orden no debe ser manifiestamente ilícita. Así, señaló, conforme al derecho comparado que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad, son manifiestamente ilícitas.

4.2.3.3. La incorporación o ampliación del principio de jurisdicción universal

La norma filipina incorpora el principio de jurisdicción universal, sujetándolo a algunos límites. En este sentido, prescribe que el Estado ejercerá jurisdicción

⁶²⁵ *Ibíd*em (Sección 6).

⁶²⁶“El superior será penalmente responsable como autor principal de los crímenes cometidos por subordinados bajo su mando y control efectivo, o autoridad y control efectivo, según sea el caso, como resultado de su no haber ejercido adecuadamente el control sobre esos subordinados, cuando: (a) Sabía, o debido a las circunstancias del momento, debería haber sabido que los subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer tales delitos; (b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento”. *Ibíd*em. (Sección 10).

⁶²⁷ *Ibíd*em. (Sección 9).

sobre las personas que sean militares o civiles, sospechosos, acusados o condenados por un delito de genocidio, lesa humanidad y guerra, independientemente del lugar donde se cometió el crimen, siempre y cuando se den algunas de las siguientes condiciones: (a) que el acusado sea un ciudadano filipino; (b) que el acusado, independientemente de su nacionalidad o residencia, esté presente en Filipinas; o (c) que la víctima sea un ciudadano filipino. De hecho, se prevé que en el interés de la justicia, las autoridades filipinas competentes pueden prescindir de la investigación o el enjuiciamiento de un delito perseguible en virtud de esta ley, si otro tribunal o corte internacional ha iniciado la investigación o está llevando a cabo el enjuiciamiento de esos delitos.

4.2.3.4. La recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

En la sección 11 de la Ley No. 951 de 2009, se incorpora la cláusula del artículo 29 del ECPI, sobre la imprescriptibilidad de los crímenes previstos en esa ley.

4.2.3.4. La recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

Por tratarse de una ley que se focaliza en la regulación de la parte sustantiva, no contempla un desarrollo sistemático de las formas y mecanismos de cooperación, del cual se pueda inferir una implementación de las Partes IX y X del Estatuto. Hace una referencia genérica y aislada a la entrega, conjuntamente con la extradición; a la protección de víctimas y testigos; y a la reparación de las víctimas.

En relación con la entrega la misma norma prevé que las autoridades pueden entregar o extraditar a los sospechosos o acusados en Filipinas ante la corte internacional apropiada, o a otro Estado, de conformidad con las leyes de extradición y los tratados aplicables.

Respecto de la protección de víctimas y testigos, la ley filipina enuncia algunas medidas que deberán adoptar los tribunales nacionales. En tal sentido señala que: (i) El tribunal de Filipinas adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad física y psicológica, así como, la dignidad y la intimidad de víctimas y testigos. Al hacerlo, el tribunal deberá

tener en cuenta todos los factores pertinentes, incluyendo la edad, género, salud y la naturaleza del delito. Para ello, el fiscal adoptará estas medidas durante la investigación y persecución de los delitos estipulados en la ley, que no podrán redundar en perjuicio de los derechos de los acusados, ni desconocer su derecho a un juicio justo e imparcial; (ii) como excepción al principio general de las audiencias públicas, el tribunal podrá decretar la celebración de audiencias a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos para proteger a las víctimas, los testigos o al acusado⁶²⁸.

En lo que concierne a la reparación de las víctimas, prevé que el tribunal nacional podrá adoptar decisiones sobre el particular, acordes con los principios internacionales que rigen la materia, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Sobre esta base, en su decisión el tribunal tiene la potestad de determinar el alcance y la magnitud de los daños que sufren las víctimas. De ahí que, el tribunal pueda dictar directamente una decisión contra el condenado, indicando la reparación adecuada, entre ellas la restitución, indemnización y rehabilitación. Antes de tomar una decisión relacionada con la reparación, el tribunal tomará en cuenta las observaciones de la persona condenada, las víctimas u otros individuos interesados⁶²⁹.

Las referencias anteriores a la ley de implementación filipina, permiten concluir que esta regulación obedece al propósito específico de llenar los vacíos sustantivos que presentaba el sistema jurídico interno para asumir la competencia prioritaria derivada de la complementariedad. Devela así mismo, una pretensión de armonización de su derecho interno con los tratados internacionales y una particular preocupación por los derechos de las víctimas. Los avances en la implementación, aunque importantes, no son suficientes, comoquiera que la adecuación del orden jurídico interno para facilitar el trabajo de la Corte es relevante no solamente en términos jurídicos, para la eficacia del sistema de justicia basado en la complementariedad, sino porque refleja una postura política sobre la disposición de cooperar con la justicia internacional.

⁶²⁸ *Ibidem*, (Sección 14).

⁶²⁹ *Ibidem*.

4.3. Verificación del grado de cumplimiento de las funciones que se atribuyen al principio de complementariedad en la experiencia asiática.

Los datos consignados sobre el estado de la implementación del Tratado de Roma en el continente asiático, muestran que el nivel de adhesión a su mandato es muy bajo (9 de 45 Estados), lo cual resulta compatible con alto índice de ABI suscritos por países asiáticos con los Estados Unidos de América (16), en lo que se puede encontrar una causa (probablemente haya otras no identificadas) de inhibición. Esta actitud aparece reforzada con el ínfimo grado de receptividad frente al APIC. Esta lentitud o desinterés por ingresar al sistema de la CPI, se refleja así mismo en el rezago que presenta este continente en materia de implementación del tratado (3 Estados).

La exigua presencia cuantitativa del continente asiático en la Asamblea General de Estados Partes del Tratado de Roma, contrasta con el protagonismo que mostraron las delegaciones asiáticas en el marco de las reuniones de la comisión preparatoria del Estatuto, y contrasta así mismo con su presencia cualitativa en el sistema de la Corte, comoquiera que la corporación ha contado con dos jueces de origen asiático: el juez Sang-Hyun Song de la República de Corea y la jueza Fumiko Saga del Japón.

El incipiente desarrollo en materia de implementación del tratado en los países asiáticos, y la información disponible, no permite un análisis con miras a identificar el papel que ha jugado el principio de complementariedad y particularmente las funciones adscritas al mismo, en el estado de desarrollo del derecho penal internacional en este continente.

En lo que tiene que ver con Filipinas se observa que la función *armonizadora* propia del principio de complementariedad se proyecta en el sistema jurídico estatal de este país comoquiera que la ley de implementación, en su dimensión sustantiva, incorpora los delitos de derecho penal internacional con el mismo alcance previsto en el Estatuto de Roma y para su aplicación e interpretación remite a otras fuentes internacionales pertinentes como el derecho humanitario. Este mismo efecto se percibe en la adaptación de las categorías de imputación (formas de intervención en los crímenes) a las prescripciones del derecho penal internacional, en la recepción del principio de imprescriptibilidad, y en la incorporación del principio de jurisdicción

universal en el modelo de la complementariedad. Estos avances proveen al sistema filipino de un marco sustantivo para interactuar con la Corte Penal Internacional en la persecución de los crímenes internacionales. Dicho marco se encuentra complementado por la incorporación directa del Estatuto de la Corte Penal Internacional como norma de aplicación por los jueces nacionales, lo que implica que la dimensión procesal se encuentre regulada por la normas del Estatuto.

Las resistencias advertidas en el Ejecutivo para *dinamizar* el derecho interno al impulso de los imperativos internacionales, se vio contrarrestada por la persistencia de miembros del parlamento, en virtud de la cual se logró aprobar una implementación, aún antes de la entrada en vigor del Estatuto. Este nivel de desarrollo alcanzado por Filipinas en materia de implementación sustantiva y procesal, posibilita que la complementariedad actúe como eje *regulador* de las relaciones entre el sistema estatal de justicia y la Corte Penal Internacional, afianza el ejercicio de la soberanía estatal, comoquiera que se habilita para ejercer su jurisdicción preferente, y establece, en los términos del ECPI, unos límites materiales y formales al ejercicio de la jurisdicción de la Corte.

5. El proceso de implementación en África

África es el continente que tiene más amplia experiencia en materia de cooperación con la Corte Penal Internacional, comoquiera que todos los casos que cursan actualmente ante el organismo internacional de justicia, corresponden a situaciones de crisis acaecidas en territorio de Estados pertenecientes a este continente. En este orden de ideas, existen 14 casos abiertos que se inscriben en 7 situaciones de crisis⁶³⁰. A pesar de que se

⁶³⁰ **Situación de Uganda.** Casos: Fiscal v. Joseph Kony, Otti Vicente, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen, miembros principales del Ejército de Resistencia del Señor (LRA). 2. **Situación de la República Democrática del Congo.** Casos: Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo, (sentencia condenatoria de primera instancia el 14 de marzo de 2012); Fiscal v. Ntaganda, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui; Fiscal v. Callixte Mbarushimana; Mathieu Ngudjolo Chui fue absuelto por sentencia de diciembre 18 de 2011. 3. **Situación de Darfur** (Sudan). Casos: Fiscal v. Ahmad Muhammad Harun y Ali Muhammad Ali Abad-Al-Rahman; Fiscal v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir; Fiscal v. Bahar Idriss Abu Garda; Fiscal v. Abdallah Banda Abakaer Nourain y Saleh Mohammed Jerbo Jamus. 4. **Situación de la República Centro Africana.** Caso: Fiscal v. Jean-Pierre Bemba Gombo. 5. **Situación de Kenia.** Casos: Fiscal v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang; El Fiscal v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Kenyatta y Muigai Mohammed Hussein Ali. 6. **Situación de Libia** (Estado No

observa un alto índice de adhesiones al Tratado de Roma, teniendo en cuenta que de los 54 Estados independientes que integran dicho continente 34 son Estados Partes⁶³¹, es aún reducido el número de Estados que cuentan con una ley de implementación (10). Se presenta un muy bajo índice de adhesiones al APIC, toda vez que únicamente 12 Estados de este continente han completado este proceso, lo que contrasta con el alto índice de suscripción de ABI (37 Estados, con 7 ratificaciones y 9 acuerdos ejecutivos)⁶³².

5.1. La posición jurídica y política de los Estados en el continente africano

A continuación se inserta una referencia general a la situación que presentan los Estados que han desarrollado alguna forma de implementación en lo concerniente a la época de adhesión al Estatuto de Roma, su membresía respecto del APIC, la suscripción o rechazo de un ABI, y la fecha de implementación, datos que permiten inferir su grado de adhesión y de incorporación al modelo de justicia establecido en el ECPI.

Burkina Faso firmó el Estatuto de Roma el 30 de noviembre de 1998 y lo ratificó el 16 de abril de 2000, convirtiéndose en el Estado No. 93. Suscribió el APIC el 7 de mayo de 2004 y lo ratificó el 10 de octubre de 2005. El 31 de diciembre de 2009, el Presidente promulgó una ley de implementación que contiene aspectos relativos a la complementariedad y a la cooperación

Parte). Casos: Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi (falleció), Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi. 7. **Situación de Costa de Marfil** (Estado No Parte). Casos: Laurent Gbagbo. (International Criminal Court, sitio oficial en web [<http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Situations+and+Cases/>]) Tomado el 4 de enero de 2013.

⁶³¹ Benín (Enero 22 de 2002), Botsuana (septiembre 8 de 2000), Burkina Faso (Abril 16 de 2004), Burundi (Septiembre 21 de 2004), Cabo Verde (Octubre 11 de 2011), Chad (Noviembre 1 de 2006), Comoras (Agosto 18 de 2006), Congo (Brazzaville, Mayo 3 de 2004), Costa de Marfil (último Estado en ratificar en Febrero 18 de 2013), Djibouti (Noviembre 5 de 2002), Gabón (Septiembre 20 de 2000), Gambia (Junio 28 de 2002), Ghana (Diciembre 20 de 1999), Guinea (Julio 14 de 2003), Kenia (Marzo 5 de 2005), Lesoto (Septiembre 6 de 2000), Liberia (Septiembre 22 de 2004), Madagascar (Marzo 14 de 2008), Malawi (Septiembre 19 de 2002), Malí (Agosto 16 de 2000), Mauricio (Islas, Marzo 5 de 2000), Namibia (Junio 25 de 2002), Níger (Abril 5 de 2002), Nigeria (Septiembre 27 de 2001), República Centro Africana (Octubre 3 de 2001), República Democrática del Congo (Abril 11 de 2002), Senegal (Febrero 2 de 1999, Estado Parte No,1), Seychelles (Agosto 10 de 2010), Sierra Leona (Septiembre 15 de 2000), Sudáfrica (Noviembre 27 de 2000), Tanzania (Agosto 20 de 2000), Túnez (Junio 24 de 2001), Uganda (Junio 14 de 2002) y Zambia (Noviembre 13 de 2002).

⁶³² Coalición por la Corte Penal Internacional. Información disponible en <http://www.iccnw.org>. Consultada en enero 4 de 2013.

Burundi suscribió el Tratado de Roma el 13 de enero de 1999 y lo ratificó el 21 de septiembre de 2004. No firmó el APIC, pero sí un ABI el 29 de noviembre de 2004. Implementó parcialmente el Estatuto en abril de 2003, incorporando los crímenes de competencia de la Corte.

Comoras firmó el Tratado de Roma el 22 de septiembre de 2000, y lo ratificó el 18 de agosto de 2006, no es Parte en el APIC, y suscribió un ABI en junio 30 de 2004. El 4 de febrero de 2012 expidió una ley de implementación que incluye disposiciones sobre complementariedad y cooperación.

Niger firmó el Estatuto de Roma el 17 de julio de 1998, y lo ratificó el 11 de abril de 2002. No ha adherido al APIC, y rechazó públicamente la suscripción de un ABI. Implementó disposiciones relativas a complementariedad.

Kenia firmó el Estatuto de Roma el 11 de agosto de 1999, y lo ratificó el 15 de marzo de 2005, convirtiéndose en el Estado Parte 98. No suscribió el APIC, pero rechazó públicamente el ABI a pesar de la extrema presión de los Estados Unidos, y la posibilidad de perder la ayuda militar, capacitación y equipamiento provenientes de ese país.

En el 2008 expidió una regulación específica de implementación de los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma, e introdujo normas sobre cooperación con la Corte Penal Internacional⁶³³. Sin embargo, en septiembre de 2013 se radicó en el parlamento un proyecto para retirar a Kenia de la membresía del Tratado de Roma y de la CPI, argumentando que los casos seguidos en contra de líderes kenianos⁶³⁴ obedecen a motivaciones políticas.

Malí firmó el Estatuto de Roma el 17 de julio de 1998 y lo ratificó el 16 de agosto de 2000, convirtiéndose en el Estado Parte número 15. Suscribió el

⁶³³ Republic of Kenia, Pairlament, An Act of Parliament to make provision for the punishment of certain international crimes, namely genocide, crimes against humanity and war crimes, and to enable Kenya to co-operate with the International Criminal Court established by the Rome Statute in the performance of its functions. En línea[http://www.iccnw.org/documents/The_International_Crimes_Act_2008.pdf]. Tomado el 13 de septiembre de 2012. El idioma original es el inglés, traducción no oficial.

⁶³⁴ Se refieren a los casos del Presidente Uhuru Kenyatta, el Vicepresidente William Samoei Ruto y la periodista Joshua Arap Sang. La iniciativa se produce justo en el momento n que comienza el juicio contra Ruto y Sang, programados para el 9 de septiembre de 2013 en la Haya.

APIC el 20 de septiembre de 2002 y lo ratificó el 8 de julio de 2004. Rechazó públicamente el ABI. No requirió de una modificación constitucional previa para la ratificación del tratado multilateral. En el año 2001 se profirió una ley de implementación⁶³⁵ en materia sustantiva, mediante la cual se modificó el Código Penal para incorporar los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional.

La República Democrática del Congo (RDC) firmó el Estatuto de Roma el 8 de septiembre de 2000 y lo ratificó el 11 de abril de 2002. Adhirió al APIC el 3 de julio de 2007, y suscribió el ABI el 18 de marzo de 2003. La RDC es quizás el Estado que ha sostenido relaciones más activas con la CPI, comoquiera que en esta situación de crisis se han proferido las dos únicas sentencias que hasta la fecha ha emitido la CPI⁶³⁶. Sin embargo, aún no ha expedido una ley de implementación del Estatuto de Roma en su sistema estatal, pese a que desde el año 2002 cuenta con un Proyecto de Ley que involucra la dimensión sustantiva y procesal de la implementación⁶³⁷.

Senegal fue el primer Estado a nivel global en constituirse en Parte del Tratado de Roma. Suscribió el instrumento el 18 de julio de 1998 y lo ratificó el 2 de febrero de 1999. Firmó el APIC el 19 de septiembre de 2002 y el ABI el 21 de junio de 2003. No requirió de una enmienda constitucional previa para formar parte del tratado multilateral. En el año 2007 aprobó una reforma legislativa para la implementación del tratado en su sistema normativo interno que contempla la dimensión sustantiva y la procesal. Para el efecto expidió la ley 2007 - 02 del 12 de febrero de 2007, la cual introdujo en el Código Penal los crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad⁶³⁸;

⁶³⁵ Republique du Mali. Secretariat General du Gouvernement. LOI N°-01- 079 Du 20 Août 2001 Portant Code Penal, Journal Officiel Quarante troisième Année 1er Février 2002. El idioma original de la ley es el francés, el análisis se efectúa sobre traducción no oficial.

⁶³⁶ El 14 de marzo de 2012 se impuso condena a Thomas Lubanga Dyilo por el crimen de guerra de reclutamiento, alistamiento y utilización de menores de 15 años en conflicto armado no internacional; y el 18 de diciembre de 2012, Mathieu Ngudjolo Chui fue absuelto por cargos de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

⁶³⁷ Projet de Loi Portant Mise En Œuvre Du Statut de la Cour Penale Internationale Tel Que Modifie Par Le Plaidoyer Organise Par Le Ministere de la Justice de La Republique Democratique du Congo du 21 Au 23 Octobre 2002 A Kinshasa Et Les 24 Et 25 Octobre 2002 A Lubumbashi.

⁶³⁸ Republique du Senegal, Loi 2007-02 du 12 Février 2007 modifiant le Code Pénal. En línea [http://www.iccnw.org/documents/Loi_2007_02_du_12_Fev_2007_modifiant_le_Code_Pénal_senegal_fr.pdf] tomado el 16 de diciembre de 2012.

en tanto que la Ley 2007-05 del 12 de febrero de 2007 reguló lo relacionado con la cooperación procesal y asistencia judicial con la CPI⁶³⁹.

Sudáfrica suscribió el Estatuto de Roma el 17 de julio de 1998 y lo ratificó el 27 de noviembre de 2000, convirtiéndose en el Estado Parte número 23. No ha suscrito el APIC, sin embargo, en la ley de implementación contempla la inmunidad para el personal de la CPI. Rechazó públicamente la firma de un ABI. En el año 2002 expidió una ley de implementación (Ley ERCPI 2002) de alcance tanto sustantivo como procesal⁶⁴⁰. Esta norma ha sido aplicada al proceso de justicia transicional desarrollado en este país. Las finalidades consignadas en la ley de implementación, transmiten la idea de un genuino propósito de establecer un marco jurídico para promover el ejercicio de la jurisdicción prioritaria del Estado, y paralelamente diseñar un modelo idóneo para garantizar la cooperación eficaz con la Corte. Contempla como fuentes normativas: la constitución Sudafricana; la ley nacional; el derecho internacional convencional, en particular el Estatuto; el derecho internacional consuetudinario y la ley extranjera comparable.

Uganda firmó el Estatuto de Roma el 17 de marzo de 1999 y lo ratificó el 14 de junio de 2002, convirtiéndose en el Estado Parte número 68. Ratificó el APIC el 21 de enero de 2009, y firmó un ABI el 12 de junio de 2003. El 10 de marzo de 2010 el Parlamento Ugandés aprobó una ley de implementación del Tratado de Roma, en la cual se desarrolla la dimensión sustantiva y se adoptan disposiciones sobre cooperación.

A partir de los datos reseñados, el panorama general que presenta el continente africano es el de una amplia y temprana adhesión formal al Estatuto que creó la Corte Penal Internacional. Sin embargo, este dinamismo mostrado inicialmente se ha visto en declive, reflejado éste en el bajo índice de adhesiones al APIC (12), en contraste con el alto rango de suscripción de

⁶³⁹ République du Senegal., Loi 2007-05 du 12 Février 2007 modifiant le Code de la Procédure Pénale de la relative à la mise en oeuvre du Traité de Rome instituant la Court pénale internationale. En línea [\[http://www.iccnw.org/documents/Loi_2007_05_du_12_Fev_2007_modifiant_le_Code_de_Procedure_penale_senegal_fr.pdf\]](http://www.iccnw.org/documents/Loi_2007_05_du_12_Fev_2007_modifiant_le_Code_de_Procedure_penale_senegal_fr.pdf) tomado el 7 de enero de 2013.

⁶⁴⁰ Republic of South African, Parliament, No. 27 of 2002: Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, 2002. P Government Gazette No 23642. En línea: South African Government Information [\[http://www.info.gov.za/acts/2002/a27-02/index.html\]](http://www.info.gov.za/acts/2002/a27-02/index.html). (Consultado el 20 de Octubre de 2012).

ABI (37), y particularmente en el lento proceso de implementación del tratado (10). Recientemente, se han presentado nuevos episodios de rechazo a la jurisdicción de la Corte, como los intentos de La República Democrática del Congo y de Malí de retirarse de la membresía del tratado.

De los 10 países que han aprobado leyes de implementación, en alguna de sus dimensiones, hemos seleccionado 5 experiencias teniendo en cuenta para ello su cobertura temática y su nivel de publicidad: ellas son Kenia, Malí, Senegal, Sudáfrica y Uganda. A continuación se presentarán estas experiencias de implementación, a partir de las variables que han sido aplicadas en anteriores análisis, referidos a los continentes americano, europeo y asiático. No se incluirá la experiencia normativa de la República Democrática del Congo, toda vez que el proyecto elaborado desde el año 2002, a pesar de ser muy completo y tener una amplia divulgación, aún no es ley de esa República.

5.2. Desarrollo de algunas experiencias africanas relevantes

5.2.1. La forma de implementación adoptada

Los Estados africanos que han desarrollado labores legislativas de implementación, han optado, en su mayoría, por la vía modificatoria de su derecho interno, a través de leyes específicas de implementación que contemplan la dimensión sustantiva y procesal (Burkina Faso, Comoras, Islas Mauricio, Uganda y Sudáfrica); o por la expedición de leyes modificatorias de sus códigos penales, sustantivo (Malí y Burundi) y procesal, para adecuarlos al Estatuto (Niger y Senegal). También se encuentra la modalidad de incorporación por remisión a las disposiciones del Estatuto, en materia sustantiva (Kenia).

5.2.2. La dimensión sustantiva de la implementación

5.2.2.1. La incorporación de los tipos penales que conforman la competencia material de la Corte

En el caso de Kenia se efectúa una incorporación mediante reproducción de los tipos penales contemplados en los artículos 6 (genocidio), 7 (crímenes de lesa humanidad) y 8 (crímenes de guerra) del Estatuto, y remite a los Elementos de los Crímenes, para efectos de la aplicación de esos delitos en

el sistema nacional. Prevé así mismo una serie de delitos contra la administración de justicia, de conformidad con lo previsto en el artículo 70 ECPI, entre los que se incluyen el soborno a los jueces o funcionarios, la obstrucción de la justicia, el testimonio contradictorio con fines de engaño, la fabricación de pruebas, la intimidación o retaliación contra testigo.

Malí modificó su código penal en el año 2001⁶⁴¹, a efecto de incorporar en él los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional. La descripción de los crímenes de genocidio⁶⁴² y de lesa humanidad⁶⁴³, son reproducciones integrales de los preceptos pertinentes del Estatuto de Roma (Artículos 6 y 7, respectivamente). En relación con los crímenes de guerra se incorporan, con algunas adecuaciones respecto del artículo 8 ECPI, como por ejemplo, el no establecer diferencia entre crímenes de conflicto armado internacional y no internacional; y prescindir del hecho global previsto en el Estatuto (*“cuando se cometa como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala”*), lo cual resulta explicable en razón a que que dicho elemento contextual cumple el propósito de destacar el especial umbral de gravedad que presenta el crimen de guerra de competencia de la CPI.

La ley de Senegal de 2007⁶⁴⁴, incorpora de manera literal los delitos de genocidio⁶⁴⁵ y de lesa humanidad⁶⁴⁶ previstos en el Estatuto de Roma, y les reconoce el estatus de normas de *ius cogens*. En relación con los crímenes de guerra, acoge el contenido del artículo 8, aunque incorpora algunos conceptos básicos del derecho internacional humanitario, y remite a instrumentos internacionales como la Convención de la Haya de 1954 para la protección de bienes culturales; la Convención de 1976 que prohíbe la utilización de técnicas que modifiquen el medio ambiente con fines militares; la Convención de 1980 que prohíbe o limita el uso de ciertas armas convencionales que pueden causar efectos excesivos o indiscriminados a la población civil, y el uso de las minas y armas

⁶⁴¹ République du Mali. Secretariat General du Gouvernement. LOI N°-01- 079 Du 20 Août 2001 Portant Code Penal, Journal Officiel Quarante troisième Année 1er Février 2002. El idioma original de la ley es francés; el análisis se realiza sobre traducción no oficial.

⁶⁴² *Ibidem*, Artículo 29.

⁶⁴³ *Ibidem*. Artículo 30.

⁶⁴⁴ République de Senegal. Loi 2007-02 du 12 Février 2007.

⁶⁴⁵ *Ibidem*. Artículo 431-1.

⁶⁴⁶ *Ibidem*. Artículo 431-2.

incendiarias. Tipifica igualmente los crímenes contra la administración de justicia, tal como están concebidos en el artículo 70 del Estatuto.

Las penas establecidas en el derecho senegalés para los crímenes internacionales consisten en trabajos forzados a perpetuidad, si se produce la muerte de la víctima; en los demás casos la pena se tasará entre 10 y 30 años de trabajos forzados⁶⁴⁷. No se contempla la pena de muerte, prevista para delitos graves con anterioridad a esta reforma.

La ley de implementación de la República Sudafricana transcribe en su integridad los crímenes contemplados en los artículos 6 (genocidio), 7 (lesa humanidad) y 8 (crímenes de guerra) del Estatuto, así como los delitos contra la administración de justicia previstos en el artículo 70 ECPI. En relación con estos últimos, realiza algunas adecuaciones incluyendo un catálogo de contravenciones que afectan de forma directa la asistencia y la cooperación internacional entre el Estado y la CPI.

La ley de cooperación ugandesa opta por una transcripción literal de los delitos internacionales contenidos en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto, sin introducir adecuaciones. Su apego al Estatuto en esta materia es tal, que remite al mismo para efectos de las penas imponibles, que como se sabe no se encuentran determinadas para cada tipo, sino que se contemplan unos marcos generales que van desde la reclusión a perpetuidad, la reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30, hasta la multa y el decomiso (Art. 77 ECPI).

5.2.2.2. La creación de categorías de imputación acordes con el enjuiciamiento de crímenes internacionales

La legislación keniana remite a las normas del Estatuto que contienen los principios y la parte general del derecho penal internacional, incorporándolos en su integridad⁶⁴⁸, a fin de que regulen los procedimientos relacionados con

⁶⁴⁷ *Ibidem*. Artículo 431- 6.

⁶⁴⁸ La Parte II, artículo 7° The International Crimes Act, 2008, Kenia, efectúa las siguientes remisiones: Al artículo 20 ECPI sobre las excepciones a la cosa juzgada; al Art. 21 *Ib.* sobre el derecho aplicable; al Art. 22.2 *Ib.* sobre los principios de interpretación de los delitos; al Art. 25 *Ib.* sobre la responsabilidad penal individual y las formas de participación en el crimen; al Art. 26 *Ib.* sobre la exclusión de los menores de 18 años de la jurisdicción; al Art. 28 *Ib.* sobre la responsabilidad de los jefes y otros

todas las categorías delictivas previstas en la sección 6 (genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad).

5.2.2.3. La incorporación o ampliación del principio de jurisdicción universal

En Kenia el principio general sobre el que se asienta la jurisdicción estatal es el de la territorialidad; no obstante se prevén algunos supuestos de extraterritorialidad ligados a la nacionalidad del autor o de la víctima; a la existencia de un nexo contractual entre el autor y el Estado de Kenia; o la presencia del autor en territorio keniano⁶⁴⁹.

Senegal igualmente estableció algunos supuestos de extraterritorialidad, en virtud de los cuales la ley de ese país se aplica a extranjeros que hubieren cometido un crimen de competencia de la Corte en territorio extranjero, siempre y cuando la víctima o el acusado, se encuentren en territorio de Senegal.

La ley de implementación de Sudáfrica, contempla un principio de jurisdicción universal moderado, vinculado a algunos nexos como la nacionalidad surafricana del acusado; la residencia en Suráfrica del acusado; la presencia del acusado en territorio surafricano luego del crimen; la nacionalidad sudafricana de la víctima o su residencia habitual en ese territorio.

La regulación ugandesa sobre cooperación habilita su jurisdicción estatal para perseguir los delitos en ella previstos, cometidos en el extranjero cuando la investigación se adelante contra un ciudadano o residente permanente de Uganda; o si, después de la comisión del delito, el presunto autor se encuentra en territorio ugandés.

superiores por los actos cometidos por los subordinados; al Art. 28 lb. sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales; al Art. 30 lb. relativo al alcance del elemento subjetivo del crimen; al Art. 31 lb. que especifica los motivos de exclusión de la responsabilidad penal; al Art. 32 lb. (el error de hecho y de derecho como eximente de responsabilidad cuando excluye la intencionalidad de la conducta).

⁶⁴⁹ *Ibidem*. Sección 6.

5.2.2.4. La recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

Kenia incorporó este principio, mediante remisión directa al artículo 29 del ECPI.

Malí en la modificación al Código Penal aprobada en el 2001, estableció la imprescriptibilidad de los delitos y de las penas, en relación con los tipos penales de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad⁶⁵⁰.

5.2.3. La implementación procesal. Los mecanismos de cooperación con la Corte Penal Internacional

5.2.3.1. Los mecanismos de comunicación entre la Corte y las autoridades nacionales

Kenia designó como órganos encargados de prestar la asistencia requerida por la CPI, al Ministro responsable de los asuntos de la seguridad nacional, y a la Fiscalía General de la Nación, en tanto que radicó en el Ministerio de Relaciones Exteriores la función de ejercer como canal de comunicación entre la Corte y las autoridades estatales. No obstante, autorizó que frente a una solicitud urgente, incluso de entrega, se podrá utilizar otro medio como la Interpol o cualquier otra organización regional, que permita dejar constancia escrita de la actuación; cumplida ésta, se refrendará por la vía o canal autorizado.

Senegal por su parte, designó como órganos cooperadores al Ministro de Justicia, a la Corte de Apelaciones de Dakar y al Fiscal ante esta misma corporación. Así, mientras el Ministro de Justicia recibe y canaliza las solicitudes de asistencia judicial emanadas de la Corte Penal Internacional, el Fiscal y las Salas de la Corte de Apelaciones de Dakar ejecutan las actuaciones correspondientes, las cuales se tramitarán de forma secreta, salvo que se solicite su divulgación expresamente⁶⁵¹.

La ley de implementación sudafricana establece como canal de comunicación con la Corte, la vía diplomática. El órgano cooperador designado es la Autoridad Central⁶⁵², entidad encargada de recibir todo tipo

⁶⁵⁰ Malí, LOI N°-01- 079 Du 20 Août 2001. Art. 32.

⁶⁵¹ Senegal. Loi 2007-05 du 12 Février 2007. Art. 677.

⁶⁵² En Sudáfrica la Autoridad central es el Director General del Departamento de Justicia Constitucional.

de solicitudes formuladas por la CPI y darles el trámite apropiado dentro de Sudáfrica. Instituye una instancia obligada en el Director Nacional⁶⁵³ para autorizar la iniciación en Sudáfrica de una investigación por alguno de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, previstos también en la ley de implementación.

Uganda igualmente contempla la vía diplomática como canal de comunicación con la Corte, y establece como órgano cooperador al Ministro responsable de la justicia, quien recibirá todas las postulaciones presentadas al Estado por la Corte Penal Internacional, las cuales serán públicas, salvo necesidades especiales de reserva, y dará curso al trámite interno remitiéndolas a la autoridad judicial designada para su ejecución.

5.2.3.2. La detención y entrega de personas a la Corte

La ley keniana, regula de manera minuciosa los tres eventos en que, de conformidad con el Estatuto, es posible privar de la libertad a una persona en desarrollo de la cooperación (cumplimiento de una orden de detención de la SCP conforme a los artículos 58 y 60 ECPI; orden de aprehensión y entrega de una persona condenada; y orden urgente de detención provisional). En la ejecución de la orden debe intervenir una autoridad judicial que puede ser el Juez de la Audiencia Nacional, o la Corte Suprema, cuando se trata de detención provisional.

La ley de implementación keniana contempla algunas hipótesis en materia de libertad, no previstas en el ECPI, ni en la RPP, como la posibilidad de conferir libertad bajo fianza y la detención en lugar distinto a la prisión. Podría considerarse que estas alternativas se amparan en la autorización del Estatuto en el sentido que la detención y la entrega se regulan por el derecho nacional y las normas de ECPI. Sin embargo, esta disposición debe interpretarse en el marco del deber de cooperación de los Estados Partes, quienes deben garantizar el cumplimiento de todas las formas de cooperación. La norma amplía las hipótesis en que es posible negar o suspender la entrega, como por ejemplo la existencia de un recurso pendiente relativo a la libertad (como una revisión, una apelación o una solicitud de habeas corpus).

⁶⁵³ Ejercer como Jefe del Ministerio Público.

El tema de la concurrencia de solicitudes de extradición y entrega, también es minuciosamente regulado en esta ley, acogiéndose a los parámetros del artículo 90 del Estatuto.

En la ley de implementación de Senegal el procedimiento de detención y entrega se regula siguiendo de cerca el marco establecido en el artículo 89 ECPI. Contempla requisitos distintos según se trate de la ejecución de una orden de arresto y detención de una persona procesada por la Corte, de una sentencia condenatoria, o de una detención provisional. Prevé un control judicial radicado en la Corte de Apelaciones de Dakar, mediante el cual se constata la legalidad de la medida y el cumplimiento del debido proceso; para el efecto se remite a las normas establecidas de la ley nacional de extradición.

El régimen de libertad provisional sigue igualmente, con algunas adaptaciones, las previsiones del artículo 92 ECPI. En este sentido estipula que la persona detenida provisionalmente será liberada si el Estado no recibe en un plazo de 60 días, la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen, previendo así mismo, en tal evento, la entrega consentida por el detenido. Y agrega que, cuando la cámara de acusaciones de la Corte de apelaciones de Dakar decida sobre la libertad provisional de un detenido, deberá tener en cuenta la gravedad de los crímenes y la urgencia de las circunstancias que justifican la libertad provisional. En este caso, fijará las condiciones que permitan asegurar que la persona pueda ser remitida a la Corte Penal Internacional. No obstante, si el demandado impugna la jurisdicción de la CPI, la decisión se suspenderá hasta que ésta adopte una decisión del caso⁶⁵⁴.

Sudáfrica introdujo en su ley de implementación una precisa regulación sobre el procedimiento de entrega de una persona a la Corte, en la cual se integran todos los tópicos tratados en el Estatuto de Roma sobre esta forma de cooperación⁶⁵⁵. Como aspectos relevantes de esta regulación se pueden señalar los siguientes: se delimita adecuadamente el procedimiento de arresto o detención, del de entrega; se contemplan los tres eventos en que

⁶⁵⁴ *Ibidem*. Arts. 677-12 y 677-13.

⁶⁵⁵ Republic of South African, Parliament, No. 27 of 2002: Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, 2002. (Art. 8 y 10).

conforme al ECPI es posible ejecutar una orden de detención y entrega proveniente de la Corte, vale decir, para efectos de procesamiento, para ejecutar una condena, o en caso de detención preventiva requerida con urgencia, y respecto de cada uno de ellos se establecen requisitos; en el arresto interviene el Director Nacional (Ministerio Público); la entrega se tramita con la intervención de la autoridad jurisdiccional, quien verificará la legalidad de la captura mediante una audiencia y para el efecto se remite a la ley de enjuiciamiento criminal estatal; se contempla la posibilidad de impugnar la decisión nacional de conceder la entrega ante el tribunal superior del funcionario que la concede; se prevé la entrega simple o consentida por la persona solicitada; y la entrega se suspenderá hasta que se resuelva la apelación.

Con relación al tránsito de personas bajo custodia de la CPI por el territorio de Sudáfrica y con destino a su sede en la Haya, la ley permite que la persona transportada pueda ser retenida en una celda de la policía o en otro centro de detención designado por el director del gabinete de la administración de justicia, conforme se acuerde con el funcionario responsable del gabinete de los servicios correccionales y la seguridad.

La ley de cooperación ugandesa regula sin una rigurosa sistemática el procedimiento de detención y entrega de una persona a la Corte, tomando elementos de los artículos 89 y 91 del ECPI. La solicitud cursada en virtud de la existencia de una orden de detención para enjuiciamiento ante la CPI, o para ejecutar una sentencia condenatoria proferida por ese tribunal, debe ser convalidada por una autoridad judicial estatal, mediante una orden interna de arresto, comunicada al Director del Ministerio Público, y ejecutada por personal de la policía.

A pesar de que esta regulación se basa en el artículo 90 ECPI en lo que concierne al procedimiento aplicable a las solicitudes concurrentes, le concede un gran protagonismo a los obstáculos que impedirían a las autoridades estatales ejecutar una orden de detención y entrega. Bajo esta perspectiva contempla causales de *rechazo* de una solicitud de detención y entrega⁶⁵⁶; causales de *negativa* de una solicitud de esta índole⁶⁵⁷; y

⁶⁵⁶ En esta categoría se incluye la decisión de la CPI sobre inadmisibilidad de la causa, y la decisión de este tribunal de no proceder con la solicitud de detención, por cualquier causa.

causales de *aplazamiento*⁶⁵⁸. Esta clasificación no aparece en el Estatuto. Así mismo atribuye amplia discrecionalidad en esta materia al Ministro encargado de conducir las relaciones con la Corte.

En aparte especial regula lo relacionado con la ejecución de una orden de detención preventiva emanada de la Corte, la cual, previa verificación de los requisitos, será ejecutada por las autoridades de policía, y una vez efectuada la captura será sometida a control de legalidad ante autoridad judicial. Se contempla la posibilidad de libertad bajo fianza (previa consulta con la Corte), y en virtud de la mora (60 días) de la Corte para formalizar la orden de detención y los soportes de la misma, sin perjuicio de que la persona pueda ser recapturada. Se incluye una prerrogativa para la autoridad judicial local de prorrogar este plazo, si así lo aconseja *el interés de la justicia*.

La ley de cooperación reconoce al capturado la posibilidad de impugnar la decisión de entrega, circunstancia que deberá ser comunicada a la Corte. Regula igualmente la entrega simple (consentida) sobre la base de que sea voluntaria e informada.

De forma exhaustiva, la ley ugandesa regula una remisión o entrega a la CPI no prevista en el Estatuto de Roma, denominada *temporal*, que se presenta cuando la solicitud se refiere a un delito de competencia de la Corte y la persona está siendo procesada por un crimen estatal. En este evento, el Ministro de Justicia podrá autorizar el traslado temporal del requerido a la CPI, bajo la condición de que sea devuelto al término de la acción penal, la absolución o el cumplimiento de la condena impuesta por la Corte Penal Internacional.

⁶⁵⁷ En esta hipótesis involucra la existencia de solicitudes concurrentes de extradición, sobre los mismos hechos, provenientes de Estados No Parte, y radica en el Ministro de Justicia la potestad de *negar* la postulación de la Corte.

⁶⁵⁸ Aquí incluye circunstancia como el que esté pendiente la decisión de la Corte sobre admisibilidad; el hecho de que la entrega obstruya una investigación o enjuiciamiento en Uganda; el que la extradición se solicite por conducta distinta a la que origina la solicitud de entrega; o que existan consultas pendientes con la Corte sobre un conflicto entre entrega y extradición a un Estado No Parte.

Se contempla así mismo una minuciosa regulación del tránsito por territorio ugandés de personas que se encuentren bajo custodia de la Corte, en los casos de transferencia a ese tribunal, a otro Estado Parte, o a un Estado de ejecución.

Estas referencias sobre la configuración de la detención y entrega como forma de cooperación con la CPI, muestran una concepción que se aparta en varios aspectos de las previsiones del Estatuto sobre la materia, y por esa vía una cierta tendencia a la preeminencia de las decisiones estatales sobre el deber de cooperación con la Corte.

5.2.3.3. La asistencia judicial

La ley keniana contempla todas las formas de asistencia contempladas en el artículo 93 del Estatuto, y la extiende a cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por el derecho nacional. Introduce minuciosas regulaciones para la práctica de las pruebas, en particular en lo que concierne a la búsqueda de personas y objetos, y la recepción de testimonios.

Senegal, al modificar su ley procesal con miras a la implementación, estableció un modelo de asistencia que se aproxima más a la ayuda mutua de la cooperación interestatal. Así, contempló tres formas de asistencia judicial: i) la asistencia o ayuda mutua entre el Estado de Senegal y el Tribunal Penal Internacional; ii) la detención – arresto; y iii) otras formas de cooperación. En este marco relacionó una serie de diligencias similares a las previstas en el Art. 93 ECPI. Reguló igualmente el evento en que el Fiscal de la Corte se desplaza al territorio del Estado a practicar medidas que no conlleven coerción, radicando en el Fiscal ante la Sala de Apelación, la labor de asistencia.

En cuanto a las causales por las cuales es factible negar una solicitud de asistencia emanada de la Corte, remite al Estatuto y prevé las consultas como mecanismo para tramitarlas.

La ley sudafricana, por su parte, subraya la obligación de ese Estado de prestar asistencia y apoyo a la Corte Penal Internacional en las investigaciones y actuaciones judiciales que ésta adelanta en el territorio del

país, siempre con sujeción a la legislación nacional de la República y al Estatuto. Enuncia una serie de actuaciones en las que habría lugar a la asistencia, las cuales coinciden, en lo esencial, con la enunciación prevista en el artículo 93 ECPI sobre “*otras formas de cooperación*”⁶⁵⁹.

De manera detallada regula los requisitos que debe cumplir una solicitud probatoria emanada de la Corte, los cuales serán verificados por la autoridad central, no obstante la ejecución corresponde a la autoridad judicial designada⁶⁶⁰. Desarrolla así mismo los requisitos para la recepción de una prueba testimonial, introduciendo cláusulas de garantía (v.g. su derecho a ser asistido por abogado, o a contar con un intérprete) e incluso detalles como la cuantificación de los gastos en que se incurrió en la diligencia, informando de ello a la Corte⁶⁶¹.

La transferencia y custodia de prisioneros bajo el sistema sudafricano, con el fin de que rindan declaración a la CPI, también es objeto de una minuciosa regulación en la que se contemplan detalles como el cómputo del tiempo en que se encuentre bajo custodia de la Corte como parte de la pena, y el procedimiento en caso de que la persona transferida cumpla la condena hallándose en dicha situación⁶⁶².

Prevé así mismo el procedimiento y los requisitos para la ejecución de solicitudes de embargo o restricción de derechos sobre activos, emanada de la CPI, la cual será ejecutada igualmente por una autoridad jurisdiccional. La medida será sometida a registro en el despacho competente a efecto de garantizar los derechos del titular o de terceros de buena fe. Una vez registrada adquiere fuerza ejecutoria. No obstante se puede revocar si: (a) se registró en contra de una disposición de esta ley; (b) la orden está sujeta a revisión o apelación; (c) la sentencia o el auto que sustenta la orden de restricción, se ha cumplido en su totalidad.

Especifica así mismo el procedimiento para el registro y allanamiento de inmuebles el cual se ejecutará por el Comisionado Nacional de Policía. La

⁶⁵⁹ Republic of South African, Parliament, No. 27 of 2002: Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, 2002. (Art.14).

⁶⁶⁰ *Ibidem*. Art. 15.

⁶⁶¹ *Ibidem*. Art. 16.

⁶⁶² *Ibidem*. Art. 20.

medida deberá discriminar claramente los actos que pueden ser realizados por el oficial de policía a quien se le encomendó la labor. Dado que esta medida implica restricciones a ciertos derechos de los ciudadanos, la ley determinó que la orden es válida hasta: (a) que se ejecute; (b) que sea cancelada por la persona que la haya expedido o por cualquier persona con autoridad similar; (c) en el plazo de tres meses desde la fecha de su expedición; y (d) que el propósito para el cual se emitió la orden ya no exista.⁶⁶³

La ley de implementación ugandesa no contempla un desarrollo sistemático de las reglas sobre asistencia judicial. Menciona una serie de actos (similar a la lista del artículo 93 ECPI) que pueden ser objeto de esta forma de cooperación, y confiere al Ministro de la Justicia (órgano cooperador) la potestad de expedir reglamentos para la aplicación de la ley. Incorpora una serie de reglas dispersas como el deber general de cooperación, el cual no podrá ser limitado por la ley de implementación; la confidencialidad de la información sobre una solicitud de asistencia; la potestad para el Ministro de rechazar o posponer una solicitud de asistencia, sin que se prevean causales; las pruebas se practicarán por autoridad judicial, previa autorización del Ministro de la Justicia. Como fuentes normativas aplicables, señala que a menos que la autoridad judicial disponga que las pruebas se practiquen de conformidad con el Estatuto y la Reglas de Procedimiento y Pruebas, se aplicará la ley estatal.

5.2.3.4. La ejecución de sentencias

La ley de cooperación de Kenia autoriza al Estado para recibir condenados, sin condicionamientos, y sin que introduzca una regulación especial sobre esta materia.

La norma sudafricana incluye un aparte que regula detalladamente la cooperación estatal en la ejecución de sentencias emanadas de la Corte, y la práctica del decomiso sobre bienes del condenado, con el fin de reparar el daño a las víctimas, o efectivizar las multas.

⁶⁶³ *Ibidem*, Art. 30.

La ley de cooperación sudafricana faculta al miembro del Gabinete responsable de los servicios correccionales para que una vez entrada en vigor la ley, se reúna con el Consejo de Ministros para decidir si Sudáfrica acepta conformar la lista de los Estados que recibirán a los condenados. Dicho acuerdo debe contar la aprobación del Parlamento; una vez surtido este trámite se informará a la Corte de su voluntad de ejecutar sus sentencias privativas de la libertad, a través de la Autoridad Central⁶⁶⁴. Sudáfrica es incluido en la lista de Estados ejecutores de condenas.

Esta norma contiene unas reglas específicas para el cumplimiento de las sentencias emitidas por el tribunal penal internacional⁶⁶⁵. Aun así, la aceptación de recibir a un condenado por la Corte Penal Internacional se prestará en cada caso concreto, manifestación que será informada a la Corte por la Autoridad Central. La ejecución de la sentencia, se registrará por la Ley de Servicios Correccionales y se le brindará al preso una comunicación libre y confidencial con su abogado, familiares y la CPI. Se reiteran las previsiones del ECPI sobre la supervisión de la ejecución de la pena por la CPI, y la prohibición para las autoridades de ejecución de modificar la pena⁶⁶⁶

En lo que concierne a la ejecución de la sentencia que impone una multa o la incautación de bienes del condenado para la reparación de los daños causados a las víctimas, también se prevé un procedimiento interno⁶⁶⁷, en el que se consignan los criterios que deberá evaluar el Gabinete responsable de la administración de justicia, a efecto de autorizar la medida; el registro de la medida; el pago de la caución correspondiente; la posibilidad de suscribir un acuerdo entre el Estado y la CPI para determinar la forma de arbitrar los recursos para sufragar los gastos que ocasione la ejecución de estas medidas; y las causales de suspensión de la orden de decomiso o de inscripción de una multa.

La norma de cooperación de Uganda no contempla regulación en materia de ejecución de sentencias.

⁶⁶⁴ Republic of South African, Parliament, No. 27 of 2002: Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, 2002 (Art. 31).

⁶⁶⁵ *Ibidem*. Art. 32.

⁶⁶⁶ ECPI. Art. 105.1.

⁶⁶⁷ Republic of South African, Parliament, n°. 27 of 2002: Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, 2002 (Arts.25-29).

5.3. Balance. Verificación del nivel de cumplimiento de las funciones del principio de complementariedad, y de las exigencias de implementación en África

El panorama general del continente africano sobre el proceso de adhesión e implementación del Tratado de Roma en los sistemas estatales, muestra que el dinamismo inicial observado por los países africanos⁶⁶⁸ para formar parte del sistema de la CPI, ha ido decayendo paulatinamente. Sobre el particular es muy elocuente el hecho de que de los 34 Estados Partes, sólo 10 cuenten con leyes de implementación, y que en la actualidad exista amenaza de retiro de su membresía por parte de dos Estados (Kenia y Malí). Síntoma de este decaimiento es igualmente la baja suscripción del APIC (12).

Estos resultados pueden tener diversas explicaciones, como por ejemplo una perspectiva formalista de ingreso al sistema de la Corte, mediante la cual se estima que para ello es suficiente la adhesión al tratado. En menor medida, puede incidir también el hecho de que en la tradición jurídica de algunos sistemas, como es el caso de Liberia⁶⁶⁹, se considere que el tratado se puede aplicar directamente y que no requiere implementación. Puede así mismo tener incidencia, la percepción de este continente de encontrarse en la mira de la Corte, comoquiera que a partir del año 2003 se dio inicio a una serie de investigaciones, por parte de la Corte Penal Internacional, todas relacionadas con hechos acaecidos en territorio africano, algunas promovidas a instancia de los gobiernos, y otras por iniciativa del Fiscal. Adicionalmente, no se puede desconocer la influencia de la persistente presión ejercida por los Estados Unidos de América durante los años 2002 y 2003 para lograr la firma de Acuerdos Bilaterales de Inmunidad (ABI) con Estados pertenecientes a todos los continentes, y que se concretó en 37 firmas en África.

⁶⁶⁸ De los 34 adhesiones al Tratado de Roma, la mayoría de ellas se produjo entre 1999 y 20002, constituyéndose un Estado africano (Senegal) el Estado Parte No. 1 de la CPI.

⁶⁶⁹ “Durante una misión conjunta de la UA y la CCPI en enero-febrero del 2007, se formó la Coalición liberiana para colaborar con el Gobierno en la implementación del ER. Funcionarios del Gobierno en Liberia argumentaron también que los instrumentos internacionales ratificados por Liberia son de aplicación directa y pueden no requerir una implementación adicional”. Coalición por la Corte Penal Internacional (CCPI). África, Caso Liberia. En, <http://www.iccnw.org/?mod=country&iduct=98>.

Este estado de cosas ha conllevado a que el principio de complementariedad no haya podido desplegar, de manera significativa, sus funciones en el ámbito del continente africano.

Sin embargo, una mirada específica y focalizada en las experiencias de implementación desarrolladas, puede llevar a otras consideraciones, localizadas en ese universo específico de análisis. Se pudo constatar al respecto, que la función armonizadora adscrita al principio de complementariedad cumple su propósito en lo concerniente a la tipificación de los crímenes de derecho penal internacional. Todos los sistemas que implementaron en la parte sustantiva transcriben o introducen, con algunas adecuaciones, los tipos penales consignados en los artículos 6 a 8 del ECPI y 70 *ibídem*. Este mismo efecto se advierte en lo relativo al establecimiento de reglas de compatibilidad entre el principio de complementariedad, y una concepción moderada del principio de jurisdicción universal, vinculado a algunos nexos derivados con la nacionalidad del autor o de la víctima, y de la presencia del acusado en el territorio del respectivo Estado. En cambio, no se identifica un efecto armonizador en lo relacionado con la incorporación de las categorías de imputación propias del derecho penal internacional, toda vez que el único modelo que lo hace, por remisión a las normas generales del ECPI, es el keniano. En cuanto a la recepción del principio de imprescriptibilidad tampoco se advierte una postura armonizada (únicamente Kenia y Mali) acogen la regla del artículo 29 ECPI.

El efecto armonizador, propio del principio de complementariedad, se hace más visible en la regulación relativa a la cooperación, toda vez que instituciones como la detención y la entrega, la asistencia, y los mecanismos de solución de conflictos se diseñan en los sistemas nacionales siguiendo de cerca los parámetros del Estatuto. Sin embargo, en algunos casos el modelo de relación con la Corte se advierte más inclinado a defender una postura de reafirmación de la soberanía estatal y la autonomía de las autoridades locales, y no al favorecimiento de la cooperación, como se percibe claramente en la regulación de Uganda, la cual sistematiza, con ánimo expansivo, la causales de rechazo, negativa y aplazamiento de una solicitud de detención y entrega. En similar sentido Kenia, al ampliar el régimen de

libertad (bajo fianza y detención extramural), a la vez que establece hipótesis no previstas en el ECPI, para negar una entrega.

Por el contrario, en el modelo de implementación sudafricano se percibe un equilibrio entre la disposición de prestar una genuina colaboración a la Corte, y la consagración de garantías para las personas sometidas a detención o entrega, comoquiera que enfatiza el deber de cooperación con la Corte, no se reduce el estándar de cooperación del Estatuto, y paralelamente, se aplican salvaguardias universales a las persona detenidas o afectadas con medidas de restricción de derechos sobre bienes. En este caso, el sistema de relaciones con la Corte se inscribe en un marco seguro, con reglas y límites claros, toda vez que se prevén situaciones que podrían resultar problemáticas si no existiera regulación, como por ejemplo, contempla de manera diferenciada los procedimientos de detención y entrega; establece los requisitos que conforme al derecho interno deben cumplir las solicitudes probatorias proveniente de la Corte; regula el tránsito y la custodia de personas por el territorio sudafricano, incluso en lo relativo a los gastos; y de manera particular, establece procedimientos para la práctica de embargos y medidas de restricción de derechos sobre activos; al igual que para registros y allanamientos; y en relación con la ejecución de sentencias, punitivas y de contenido económico.

A partir de lo señalado, se puede concluir que la función *armonizadora* del principio de complementariedad se cumple fundamentalmente en lo atinente a la configuración de los crímenes internacionales, en lo relacionado con la pervivencia limitada del principio de jurisdicción universal, y en menor medida en la recepción del principio de imprescriptibilidad. Así mismo, se identifica esta función, con un alcance de adecuación, en los mecanismos de cooperación específicamente en la detención y entrega; y en la asistencia.

Las demás funciones adscritas a la complementariedad como la dinamización del derecho estatal; el poder regulador de las relaciones entre el Estado y la Corte; el establecimiento de mecanismos de salvaguardia de la soberanía estatal; y la sujeción de la interacción de las jurisdicciones a límites materiales y formales, se ven menoscabadas por el aún incipiente proceso de implementación en el continente. No obstante, en las experiencias reseñadas estas proyecciones de la complementariedad se

hacen presentes con diferente intensidad. El sólo hecho de que se haya expedido una legislación de implementación patentiza un impulso de la legislación estatal a instancia de la complementariedad, así como una pretensión de regular las relaciones de las autoridades estatales con la CPI, en la que se advierte en cada caso una postura más o menos favorable a la defensa de espacios de soberanía en desmedro de la cooperación; y unos marcos para el desarrollo de la interacción entre una y otra jurisdicción, que se contemplan con diferente grado de precisión, dependiendo de la técnica legislativa empleada. Todas estas funciones se aprecian con mayor nitidez en la regulación sudafricana.

En lo que tiene que ver con el grado de cumplimiento de las exigencias de implementación, derivadas del deber de cooperación, se advierten algunos vacíos que son comunes a las regulaciones examinadas, como el relativo a no establecer una regulación diferenciada para el procedimiento de admisibilidad, y el propiamente penal; y la omisión, con excepción de Sudáfrica, de una regulación relativa a la ejecución de penas, o medidas cautelares de contenido patrimonial, con miras a la reparación.

CAPÍTULO IV

EL ESTADO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL CASO COLOMBIANO

En este capítulo se abordará el análisis del caso colombiano a fin de establecer el grado de desarrollo y armonización que presenta su derecho interno, frente a las obligaciones de implementación que surgen de su condición de Estado Parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El estudio sobre Colombia se desarrollará siguiendo las variables que fueron seleccionadas para el análisis de derecho comparado realizado en el capítulo tercero. En este orden de ideas: en primer lugar, se observará de manera general, la posición política y jurídica que ha asumido el Estado colombiano frente a la creación del tribunal penal internacional. Esta variable está marcada por tres eventos fundamentales: la reforma constitucional que autorizó la incorporación del Tratado de Roma en el orden jurídico colombiano; la decisión de Colombia de acogerse a la declaración contenida en el artículo 124 del Estatuto de Roma (aplazamiento de la jurisdicción de la CPI en materia de crímenes de guerra); y la suscripción con los Estados Unidos de América de un acuerdo simplificado sobre inmunidad de jurisdicción para toda persona estadounidense, frente a la Corte Penal Internacional.

En segundo lugar, se tratará de identificar el tipo de implementación en el que se puede ubicar el grado de desarrollo que ha tenido la legislación colombiana, en el proceso de articulación de su sistema normativo interno, con el Estatuto de Roma.

En tercer lugar, una vez identificado, si existiere, el modelo de implementación adoptado, se establecerá cómo aparece diseñada la dimensión sustantiva de la implementación, a través de: la incorporación de los tipos penales que conforman la competencia material de la Corte; la creación de categorías de imputación acordes con el enjuiciamiento de crímenes internacionales; la incorporación o ampliación del principio de jurisdicción universal; y, la recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

En cuarto lugar, se observará el esquema normativo e institucional existente en lo concerniente a la dimensión procesal de la implementación, el cual corresponde al ámbito de la cooperación. Se analizará la adecuación

normativa e institucional que se ha realizado para cumplir con los deberes generales de cooperación que impone el ECPI a los Estados Partes, y de ser posible, de acuerdo con las constataciones efectuadas, se identificarán: los mecanismos de comunicación y los órganos cooperadores; los dispositivos legales previstos para hacer efectiva la detención, la entrega y la asistencia judicial, así como las previsiones sobre ejecución de sentencias.

Finalmente, se evaluarán las fortalezas, vacíos y debilidades que presentan el modelo de implementación por el que ha optado hasta ahora, el sistema jurídico colombiano, y se formularán algunas sugerencias tomadas de la experiencia comparada reseñada en el capítulo III.

1. La posición jurídica y política del Estado colombiano frente a la Corte Penal Internacional

Una visión general sobre el grado de adhesión política y jurídica del Estado colombiano al sistema de justicia establecido en el Estatuto de Roma, exige una referencia a la estrategia jurídica adoptada para la incorporación en el sistema normativo nacional, tanto del tratado como de los documentos complementarios (Elementos de los crímenes y Reglas de Procedimiento y Pruebas), así como a los pronunciamientos de constitucionalidad sobre los actos del Congreso emitidos con este propósito. Se hará referencia, así mismo a las implicaciones de la declaración efectuada por Colombia sobre el aplazamiento de la jurisdicción de la CPI respecto de los crímenes de guerra con fundamento en el artículo 124 del ECPI; y a la suscripción de un acuerdo simplificado con los Estados Unidos para establecer una inmunidad de jurisdicción en favor de toda persona estadounidense, frente a la Corte Penal Internacional.

1.1. La incorporación del Tratado de Roma de la Corte Penal Internacional en el orden jurídico colombiano

Colombia suscribió el Tratado de Roma sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional el 10 de diciembre de 1998, y lo ratificó el 5 de agosto de 2002, luego de tramitar en el Congreso de la República el Acto Legislativo n°

02 de 2001, reformativo del artículo 93 de la Constitución Política⁶⁷⁰, y la Ley n° 742 del 5 de junio de 2002, aprobatoria del tratado.

1.1.1. Mediante el acto legislativo en mención se adicionó el artículo 93⁶⁷¹ de la Constitución con un apartado en el que se dispuso: *“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.”*⁶⁷²

A través de esta fórmula, concertada con el Gobierno Nacional, se pretendió superar las preocupaciones surgidas en el curso de los debates académicos y parlamentarios que precedieron a su aprobación, como consecuencia de la constatación de que en el texto del tratado se confería a algunas materias un tratamiento distinto al previsto en la Constitución Política, y ajeno a la tradición jurídica nacional. Por esta razón, si se adoptaba, en el caso del Estatuto de Roma, el procedimiento ordinario de aprobación de un tratado -mediante ley ordinaria⁶⁷³-, ésta quedaría expuesta a una eventual declaratoria parcial de inexecuibilidad, cuando el tribunal constitucional ejerciera el control automático propio de este tipo de leyes⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ El constituyente colombiano escogió un camino semejante al de Francia, con la diferencia de que la reforma a la Constitución colombiana es más amplia y se hizo antes de la aprobación del Estatuto y de su revisión por esta Corte.

⁶⁷¹ El texto original de la norma era del siguiente tenor: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*.

⁶⁷² Diario Oficial No. 44.663 de 31 de diciembre de 2001.

⁶⁷³ Constitución Política. Artículo 150 numeral 16.

⁶⁷⁴ En efecto, en los debates parlamentarios se alertó sobre este riesgo: “En segundo lugar, queda absolutamente claro (...) que cualquiera que sea el camino que se proponga siempre deberá mediar una reforma a la Constitución. O sea, no es posible que el Gobierno presente un proyecto de ley al Congreso tratando de incorporar dicho tratado a nuestra normatividad interna (...) porque corremos el riesgo de que ahí sí, la Corte Constitucional, cuando haga la revisión del caso pues declare inexecutable alguno de los artículos del tratado, tales como pueden ser la imprescriptibilidad de la pena, la cadena de perpetuidad (sic) y otras normas (...) que eventualmente podrían ser consideradas inconstitucionales por la Corte, si se presenta el proyecto de ley ordinario al Congreso. (...) En ese

Las materias en las cuales se identificaron tratamientos disímiles y ajenos a la tradición jurídica colombiana, fueron: algunas descripciones típicas contempladas en los artículos 6, 7 y 8 del ECPI que presentan un grado de precisión, certeza y claridad menos estricto que el exigido por el derecho nacional, pero que es aceptado por el derecho penal internacional⁶⁷⁵; la improcedencia del cargo oficial como fuente de tratamiento especial (Art 27 ECPI), frente a los fueros e inmunidades previstas en el derecho nacional; la extensión de la responsabilidad de los subordinados a los jefes y otros superiores, por omisión de control (Art. 28 ECPI.) con respecto al derecho penal de acto; la imprescriptibilidad de las penas (Art. 29 ECPI.) en relación con la prohibición de penas y medidas imprescriptibles (Art. 28 C.P.); la pena de reclusión a perpetuidad (Art. 77.1.b) ECPI) en contraste con la prohibición de la prisión perpetua en el Derecho nacional (Art. 34 C.P.); la relativización del derecho a la defensa letrada, condicionándola en algunos supuestos a la existencia de “*un interés de la justicia*” (Art. 62.2.b) y 67.1.d ECPI), de cara al principio de defensa previsto de manera universal, sin exclusiones, en el orden jurídico interno (Art.29 C.P.).

En relación con estos tratamientos diferentes en materias sustanciales, el Acto Legislativo dispuso que estos tendrían “*efectos exclusivamente*” dentro del ámbito de la materia regulada en el Estatuto, es decir que serían aplicables únicamente en el contexto de la jurisdicción ejercida por el tribunal internacional, creado por el tratado sometido a aprobación, dejando incólumes las garantías previstas en la Constitución, para las personas sometidas a proceso penal en el ámbito nacional.⁶⁷⁶

orden de ideas, ¿a dónde llegamos? Llegamos entonces a un texto conciliatorio y dialogamos con el Gobierno; texto que por cierto como ya lo he mencionado en el sentido de que el Gobierno Nacional puede ratificar el Estatuto de Roma previo agotamiento, (...) del procedimiento establecido en el artículo 189 numeral 2; o sea el agotamiento normal. (...) Sin embargo, hemos considerado, (...) un texto que estaría inmunizando al futuro proyecto de ley de iniciativa gubernamental como lo establece la Constitución, para que de esta manera quede blindado. Necesitamos entonces redactar un texto de tal manera que cuando el Gobierno Nacional presente el proyecto de ley incorporando el Estatuto a nuestra normatividad interna, esté blindado, esté protegido, estemos sobre piso sólido, [para] cuando se haga el control de constitucionalidad ante la Corte (...)” (Gaceta del Congreso N° 471, 20 de septiembre de 2001, página 6).

⁶⁷⁵ Se hace referencia específicamente a las expresiones “*otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional*” (Artículo 7.1. literal h) ECPI); y “*o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable*” (Artículo 7.1. literal g) ECPI).

⁶⁷⁶ En la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes, el ponente Carlos Germán Navas Talero, destacó la importancia de definir el ámbito en el que es posible aplicar

A diferencia de lo que se proponía en el texto originario del proyecto de Acto Legislativo, en el que se incorporaba el tratado desde la Constitución⁶⁷⁷, el contenido normativo aprobado introdujo una autorización al Estado colombiano en su conjunto, “*para reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma*”, y consecuentemente, ratificar ese tratado, de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución.

Comoquiera que en la versión aprobada del A.L. 02/2001 se prescindió de una incorporación del convenio desde la Constitución, el Gobierno nacional, siguiendo el trámite establecido para la adhesión a los tratados internacionales, presentó un proyecto de ley aprobatoria que se cristalizó en

aquellas disposiciones del tratado identificadas como ajenas a la tradición jurídica y a principios de estirpe constitucional: “No obstante, comoquiera que algunas de las disposiciones del Estatuto son ajenas a la tradición jurídica nacional y a ciertos principios de estirpe constitucional, en particular aquellas que establecen la posibilidad de imponer la prisión perpetua como pena, la imprescriptibilidad de las acciones derivadas de la comisión de los hechos punibles sancionados en el Estatuto y la revisión de las decisiones judiciales internas, y teniendo en cuenta que con la reforma al artículo 93 de la Carta Política este tratado se ubicaría al mismo nivel de la Constitución al momento de ser ratificado, se convino en establecer expresamente la aplicación de las materias sustanciales del Estatuto de Roma únicamente dentro del ámbito de lo regulado por el mismo, lo cual significa mantener la imposibilidad de establecer dentro del ordenamiento jurídico colombiano la prisión perpetua, la imprescriptibilidad de la acción penal o la relativización de los principios de la cosa juzgada y el *non bis idem* a pesar de la ratificación del Estatuto de Roma.” (Gaceta del Congreso No. 296, 13 de junio de 2001, páginas 15 y 16). (Se desataca).

⁶⁷⁷ En el texto original propuesto, y así se mantuvo hasta el segundo debate en el Senado de la República, se incluía una cláusula en la que se incorporaba a la Constitución el Tratado de Roma. La propuesta de Acto legislativo decía: Artículo 1º. El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

“Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Incorpórese a la Constitución el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Confederación Diplomática de Plenipotenciarios, de las Naciones Unidas, sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, y declárese aprobado en su integridad, por el Estado colombiano.

“Artículo transitorio. Revístase al Presidente de la República, de precisas facultades extraordinarias para que dentro de los doce meses siguientes a la promulgación de este Acto Legislativo dicte, mediante decretos, las disposiciones necesarias para que la legislación colombiana esté acorde con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En todo tiempo el Congreso podrá derogar o modificar las normas así establecidas.”

“Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.” (Gaceta del Congreso 77, 20/03/2001, Proyecto de Acto Legislativo 14 de 2001 Senado, por el cual se incorpora a la Constitución el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

la Ley n° 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 diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”*.

1.1.2. Efectuado el control automático sobre el tratado y su ley aprobatoria, de conformidad con la disposición constitucional (Art. 241.10), la Corte Constitucional declaró su compatibilidad con la Constitución, mediante sentencia C-578 de 30 de julio de 2002.

En esta sentencia, la Corte efectuó control constitucional no solamente con el fin de constatar que el procedimiento de celebración del tratado, y el trámite legislativo mediante el cual se expidió la ley aprobatoria se ajustaran a la Constitución, sino que extendió su pronunciamiento a un análisis material del Estatuto, enfocado a la interpretación de los alcances del tratado; a la armonización del A.L. no. 02 de 2001 con el resto de la Constitución; y a delimitar el ámbito espacial del Estatuto, con especial énfasis en los *“tratamientos diferentes”*, identificados en abstracto. En relación con estas antinomias encontradas, la Corte declaró que fueron autorizadas por el Constituyente para que operaran exclusivamente en el ámbito de la jurisdicción de la Corte, más no en el orden interno colombiano.

De particular relevancia para un estudio sobre complementariedad y cooperación del Estado colombiano con la Corte Penal Internacional, fueron las precisiones efectuadas por el tribunal constitucional en torno a las relaciones entre el Estatuto y el ordenamiento jurídico interno. En materia de complementariedad, subrayó que las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional y por ende, *“Las disposiciones en él contenidas no remplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana”*⁶⁷⁸.

En consecuencia, *“como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la*

⁶⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-578 del 30 de julio de 2002. Fundamento Jurídico 4.16.

*Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia*⁶⁷⁹.

En lo que concierne a la cooperación, señaló que no obstante lo anterior, *“las autoridades colombianas cuando cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las Partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, [podrán aplicar] las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en él. En algunas materias, estas disposiciones del Estatuto pueden requerir desarrollos normativos internos para facilitar la cooperación. De ahí que el artículo 88 del mismo establezca que “los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte*⁶⁸⁰.

Estos apartes de la sentencia de la Corte Constitucional reafirman que la dimensión sustantiva de la implementación del tratado en el sistema jurídico nacional, reviste especial relevancia, comoquiera que se precisa para ejercer la jurisdicción prioritaria del Estado, derivada del principio de complementariedad; en tanto que en el ámbito de la cooperación resulta factible aplicar el Estatuto toda vez que en este escenario, el Estado asiste a la Corte Penal Internacional en el ejercicio de su jurisdicción complementaria. Esto sin perjuicio de las adecuaciones legislativas que se deben realizar para garantizar una cooperación acorde con las exigencias del tratado.

Una vez reformada la Constitución para allanar el camino a la incorporación del tratado en el orden interno, emitida la ley de aprobación conforme al procedimiento establecido para el efecto, y efectuado el control constitucional automático previo a la ratificación, el tratado entró en vigor para Colombia el primero (1º) de noviembre de 2002.

⁶⁷⁹ *Ibíd.*

⁶⁸⁰ *Ibíd.*

1.1.3. Colombia participó activamente en la elaboración de los Elementos de los Crímenes (EC) y las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP)⁶⁸¹. El 31 de diciembre de 2008, el Congreso de la República profirió la Ley 1268 por medio de la cual, se aprueban las “reglas de procedimiento y prueba⁶⁸² y los elementos de los crímenes⁶⁸³ de la Corte Penal Internacional aprobados por la Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional, en Nueva York” del 3 al 10 de septiembre de 2002. Sometida a control de constitucionalidad, dicha ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-801 del 10 de noviembre de 2009.

⁶⁸¹ Colombia presentó más de 50 documentos con comentarios y propuestas para las Reglas de Procedimiento y Prueba y para la definición de los Elementos del Crimen: PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.2, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.4, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.8, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.9, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.14, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.15, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.16, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.24, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.28, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.30, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.33, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.36, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.37, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.38, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.39, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.40, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.41, PCP/ICC/1999/WGRPE/DP.42, PCP/ICC/2000/WGRPE(2)/DP.1, PCP/ICC/2000/WGRPE(2)/DP.2, PCP/ICC/2000/WGRPE(2)/DP.3, PCP/ICC/1999/WGRPE(4)/DP.5, PCP/ICC/2000/WGRPE(4)/DP.1, PCP/ICC/2000/WGRPE(4)/INF/1, PCP/ICC/2000/WGRPE(5)/DP.1, PCP/ICC/2000/WGRPE(6)/DP.1, PCP/ICC/2000/WGRPE(6)/INF/1, PCP/ICC/2000/WGRPE(7)/DP.1, PCP/ICC/2000/WGRPE(8)/DP.1, PCP/ICC/2000/WGRPE(9)/DP.1, PCP/ICC/1999/WGRPE(10)/DP.4, PCP/ICC/2000/WGRPE(10)/INF/1, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.2, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.3, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.15, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.16, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.23, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.26, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.28, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.29, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.30, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.31, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.32, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.33, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.34, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.40, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.41, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.43, PCP/ICC/1999/WGEC/DP.44, PCP/ICC/2000/WGEC/DP.1, PCP/ICC/2000/WGEC/DP.2, PCP/ICC/2000/WGEC/DP.3, PCP/ICC/2000/WGEC/DP.4. (Corte Constitucional. Sentencia C-801 del 10 de noviembre de 2009).

⁶⁸² Las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP), es un instrumento que desarrolla el Estatuto de Roma, y por ende está sometido al mismo en todas sus partes. Su objetivo es el de contribuir a la aplicación e interpretación de las disposiciones del Estatuto, y de conferir a la Corte Penal Internacional, las herramientas que requiere para la materialización de las funciones judiciales que le fueron atribuidas como órgano de justicia, complementario de las jurisdicciones nacionales. Su contenido está orientado a regular: (i) todo lo relacionado con la organización interna de la Corte, (ii) el procedimiento penal aplicable en el ámbito de su competencia, y (iii) los regímenes de complementariedad y cooperación, bajo el entendido que, para fines de investigación y de ejecución de las medidas de afectación provisional de la libertad y de la pena, la Corte Penal Internacional debe acudir a los sistemas judiciales y penitenciarios nacionales. Las RPP cubren la mayoría de asuntos a los que se refiere el Estatuto de Roma y por su intermedio, se establece el procedimiento que debe seguirse en las distintas etapas de los procesos que se adelantan ante la Corte Penal Internacional.

⁶⁸³ Los Elementos de los Crímenes (EC) constituye también un instrumento que desarrolla el Estatuto de Roma, y por esa razón está igualmente sometido a este tratado en todas sus partes. Su función es servir a la interpretación de los artículos 6°, 7° y 8° del Estatuto, en los que se contienen los crímenes de competencia de la Corte. En ese contexto, se limita a especificar los componentes normativos de cada una de las modalidades delictivas de conocimiento de la Corte Penal Internacional, determinando los elementos materiales constitutivos de las diversas especies que conforman las tres grandes categorías: delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; definiendo, en su orden, la conducta, las consecuencias y las circunstancias correspondientes a cada crimen.

En esta sentencia la Corte dejó establecidos varios criterios que resultan relevantes para clarificar las relaciones entre el Estatuto de Roma y sus instrumentos complementarios (EC y RPP), con el sistema jurídico estatal. Estos criterios tienen que ver, el primero, con el *ámbito de aplicación* de los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Pruebas; el segundo, con los efectos de estos instrumentos internacionales en el orden jurídico interno; y el tercero, con los requerimientos de armonización entre estos ordenamientos.

En cuanto al *ámbito de aplicación* de los instrumentos complementarios del Estatuto de Roma, se sigue la misma regla establecida respecto de éste. Es decir, que sus normas *“sólo están llamadas a producir efectos dentro del propio ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional y, por tanto, no tienen incidencia en el derecho interno de los Estados. Sus contenidos, operan exclusivamente en el marco de aplicación del Estatuto de Roma y no obligan a las autoridades del país a observarlas en los casos que se procesen y juzguen en su territorio”*⁶⁸⁴.

De ello se deriva que el campo de acción de los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, se circunscribe exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional, y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta. En este orden de ideas, ni el Tratado de Roma, ni los instrumentos que lo complementan, están llamados a modificar las normas internas que le corresponde aplicar a las autoridades jurisdiccionales colombianas, en ejercicio de las competencias que le son propias, es decir, en el ámbito de la jurisdicción prioritaria que le demarca el principio de complementariedad⁶⁸⁵.

Tomando en cuenta este mismo criterio, las disposiciones del Estatuto de Roma y los instrumentos que lo desarrollan, no remplazan ni modifican las leyes nacionales. De tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno, por las autoridades judiciales competentes que son las que integran la administración de justicia colombiana⁶⁸⁶.

En cuanto a los efectos, recalcó la Corte, *“las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes, tal y como ocurre con el propio Estatuto de Roma, solo están llamados a producir efectos dentro del ámbito*

⁶⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-801 del 10 de noviembre de 2009.

⁶⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencias C- 578 del 30 de julio de 2002 y C-801 de 2009.

⁶⁸⁶ *Ibíd.*

*de competencia de la Corte Penal internacional. Ello significa que sus disposiciones y reglas no reemplazan ni modifican el derecho interno y, por tanto, tampoco son aplicables por las autoridades jurisdiccionales colombianas en el territorio de la República, en el ejercicio de sus funciones y competencias*⁶⁸⁷.

Ello no es óbice, sin embargo, para que *“las autoridades colombianas, en el campo exclusivo de la Cooperación con la Corte Penal Internacional, [puedan] aplicar las disposiciones del tratado y de los demás instrumentos que lo desarrollan dentro de lo regulado en ellos*⁶⁸⁸.

En lo que concierne a la necesidad de efectuar desarrollos legislativos internos, a fin de armonizar el Derecho nacional con las exigencias de la cooperación, la sentencia subrayó que *“[e]n algunas materias, estas disposiciones del Estatuto pueden requerir desarrollos normativos internos para facilitar la cooperación. De ahí que el artículo 88 del mismo establezca que ‘los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte’ ”*.

Siguiendo este criterio enfatizó que *“las actividades que desarrollen los Tribunales Nacionales a solicitud de la Corte Penal Internacional, dentro del ámbito de la cooperación internacional prevista en el Estatuto de Roma (Arts. 88, 89 y 103), deben regirse por los procedimientos internos, para lo cual los Estados Partes, como es el caso de Colombia, tienen el deber de ajustar sus procedimientos internos a las exigencias de esa Cooperación*⁶⁸⁹.

1.1.4. Adicionalmente, Colombia suscribió el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional. Dicho acuerdo fue aprobado por el legislativo mediante la Ley 1180 de 2007. Sometida al control constitucional de rigor, la mencionada norma fue declarada exequible por sentencia C- 1156 del 26 de noviembre de 2008. Agotado el trámite interno, el 15 de abril de 2009, el Estado colombiano depositó el instrumento de ratificación del Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la CPI.

⁶⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-801 de 2009. Fundamento jurídico 5.3.13.

⁶⁸⁸ *Ibidem*.

⁶⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia C-801 de 2009. Fundamento jurídico 5.3.14.

Al efectuar el control de constitucionalidad la Corte colombiana destacó la importancia de los privilegios e inmunidades que se confieren a la Corte Penal Internacional como institución y al personal asociado, de cara al propósito de dotar al órgano internacional de las garantías necesarias para el desarrollo de sus funciones con la mayor independencia y neutralidad. Tales beneficios, subrayó *“resultan ser condición indispensable para que ese alto Tribunal pueda cumplir libremente sus objetivos, sin interferencia alguna por los países en los cuales tenga que operar. Los privilegios, inmunidades (...) otorgadas buscan facilitar el ejercicio de sus actividades, el buen funcionamiento, la eficacia y la autonomía de la institución para la consecución de sus objetivos”*⁶⁹⁰.

1.1.5. Finalmente, el 17 de mayo de 2011, la República de Colombia y la Corte Penal Internacional, celebraron un *Acuerdo sobre Ejecución de Penas impuestas por la Corte Penal Internacional*, conforme al cual, Colombia, en virtud de lo previsto en el artículo 103 del ECPI y la Regla 200 de las RPP, manifiesta su disposición de cooperar en la CPI en materia de ejecución de penas, sin condicionar en ningún sentido dicha manifestación.

La anterior reseña de las actuaciones surtidas por el Estado colombiano frente al tratado de Roma que creó la Corte Penal Internacional, transmite la idea de una posición política y jurídica favorable a la instauración del tribunal internacional y a la aceptación de los compromisos que se derivan del tratado para los Estados Partes, ambiente que se percibe en las diferentes instancias institucionales que participaron en el proceso de adhesión.

Sin embargo, hay tres hechos a los que es preciso aludir, y que introducen ambigüedades y contradicciones en la posición de Colombia frente al modelo de justicia plasmado en el Estatuto de Roma. El primero, es la declaración realizada por el Gobierno de Colombia, en el sentido de acogerse a la declaración de transición prevista en el artículo 124 del tratado, aplazando la jurisdicción de la Corte en relación con los crímenes de guerra. El segundo, la suscripción, el 16 de septiembre de 2003, de un Acuerdo Bilateral de Inmunidad con los Estados Unidos. Y el tercero, la ausencia de leyes específicas de implementación del Tratado de Roma en materia sustantiva y procesal. A estos hechos nos referiremos a continuación.

⁶⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1156 del 26 de noviembre de 2008. Fundamento Jurídico 5.2.

1.2. Algunos hechos que introducen ambigüedad en la posición jurídica y política de Colombia frente al tratado que creó la Corte Penal Internacional.

El Estado colombiano ha desplegado una serie de actividades diplomáticas y jurídicas que, aparentemente, dan cuenta de una actitud favorable a su integración al modelo de justicia establecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional basado en la complementariedad y la cooperación. Esta actitud se ve reflejada en la pronta implementación de una reforma constitucional que allanó el camino a la incorporación del Tratado de Roma al sistema normativo nacional por los procedimientos establecidos en la Constitución; en el agotamiento del trámite para la adhesión al tratado, para lo cual medió el correspondiente pronunciamiento de constitucionalidad (C-578/02) que se constituyó en uno de los documentos más lúcidos sobre la importancia histórica, ética, jurídica y política de la Corte Penal Internacional; la activa participación en la elaboración de los instrumentos complementarios al tratado fundacional como son los Elementos de los Crímenes, las Reglas de Procedimiento y Pruebas, y su incorporación en el orden jurídico interno; la adhesión al Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional; y adicionalmente, el constituirse en uno de los pocos países que ha suscrito un Acuerdo de cooperación para la ejecución de sentencias proferidas por la CPI⁶⁹¹.

Estas acciones desplegadas en el campo diplomático y jurídico, revelan una disposición del Estado colombiano a formar parte del modelo de justicia establecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, entran en contradicción con eventos de gran connotación en términos de complementariedad y cooperación, como son el depósito de la declaración del artículo 124 del ECPI, la suscripción de un Acuerdo Bilateral de Inmunidad con los Estados Unidos, y la no expedición de leyes completas y específicas orientadas de una parte, a posibilitar el pleno ejercicio de la jurisdicción prioritaria que radica el Estatuto de Roma en los Estados Partes, y de otra, todas las forma de cooperación previstas en las Partes IX y X del tratado.

⁶⁹¹ Para el 17 de mayo de 2011, fecha en que se suscribió el Acuerdo de Cooperación para la Ejecución de Sentencias, entre la Corte Penal Internacional y el Estado Colombiano, éste era el séptimo país en el mundo en suscribir un acuerdo de esta naturaleza y el primero en América. (Ministerio de Relaciones Exteriores. DIDHD No. 2995/1316. Respuesta a Derecho de Petición formulado para esta investigación).

1.2.1. La declaración sobre el artículo 124 del Estatuto de Roma

A pesar de la categórica inadmisibilidad de reservas⁶⁹² al Estatuto de Roma, consignada en el artículo 120 de este instrumento⁶⁹³, orientada a proteger la integridad del tratado, la declaración permitida por el artículo 124 *ibidem*, introduce una flexibilización al anterior mandato, comoquiera que autoriza una declaración unilateral cuyo alcance altera las obligaciones inicialmente contraídas por los Estados Partes. Esta cláusula ha sido considerada por algunos comentaristas como una verdadera reserva⁶⁹⁴ y por consiguiente una excepción a la prohibición del artículo 120 de Estatuto de Roma⁶⁹⁵.

Al depositar el instrumento de ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional - el 5 de agosto de 2002- el Gobierno colombiano, además de consignar algunas declaraciones interpretativas⁶⁹⁶, presentó ante el Secretario

⁶⁹² Según el derecho de los tratados, “se entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar oficialmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o al hacer una notificación de sucesión en un tratado, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización”. (Comisión de Derecho Internacional, *Informe sobre la labor realizada en su 51º período de sesiones, 3 de mayo a 23 de julio de 1999-*, A/54/10, cap. VI. C.1.1. Disponible en <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/254/45/pdf/N9925445.pdf?OpenElement>. Consultado en septiembre 2 de 2013).

⁶⁹³ Artículo 120. “No se admitirán reservas al presente Estatuto”.

⁶⁹⁴ Hafner, Gerhar, Article 120, en Otto Triffterer (ed.). *Commentary on the Rome Statute, Onbservers’ Notes, Article by Article 1251*. Citado por Amnistía Internacional, *Declaraciones que constituyen Reservas Prohibidas al Estatuto de Roma*. [en línea], 2005. (Consultado en septiembre 2 de 2013). Disponible en <http://www.amnesty.org/es/library/info/IOR40/032/2005/es>.

⁶⁹⁵ “La exclusión de las reservas es coherente con la naturaleza del Estatuto de Roma, que es un tratado constitutivo, por el que se establece una organización internacional y que, como la Carta de las Naciones Unidas, (...) aporta un elemento nuevo y fundamental al marco de derecho internacional. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si un tratado por el que se establece una organización intergubernamental no dice nada sobre reservas, no se aplican las normas ordinarias relativas a éstas, y “una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización”. El Estatuto de Roma es también un tratado constitutivo, que garantiza los derechos de terceros, incluidas las víctimas y sus familias, los testigos, los sospechosos y los acusados. Por tanto, las reservas restarían efecto disuasorio y valor educativo a la Corte, fomentarían la asunción parcial de las obligaciones que impone el Estatuto de Roma, menoscabarían la autoridad moral del Estatuto e impedirían su aplicación uniforme”. (Amnistía Internacional, *Declaraciones que constituyen Reservas Prohibidas al Estatuto de Roma*. [en línea], 2005. (Consultado en septiembre 2 de 2013). Disponible en <http://www.amnesty.org/es/library/info/IOR40/032/2005/es>).

⁶⁹⁶ Según la Comisión de Derecho Internacional una declaración interpretativa es ‘una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una

General de las Naciones Unidas una declaración de conformidad con la cláusula prevista en el artículo 124 *ibídem*⁶⁹⁷, en la que expresó la no aceptación de la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes de guerra previstos en el artículo 8 del ECPI, por un período de siete años. Esta declaración fue formulada en los siguientes términos:

organización internacional, con el objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que ese Estado o esa organización internacional atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones. Se trata de una declaración que no altera ni modifica la disposición. (Comisión de Derecho Internacional, *op. cit.*, nota 2, párr. 1.2).

Las declaraciones interpretativas efectuadas por el Gobierno colombiano, se fundamentan en los hallazgos realizados por la Corte Constitucional en la sentencia C-578 del 30 de julio de 2002, sobre tratamientos diferentes en el tratado y la Constitución colombiana, respecto de algunas materias. El texto de las declaraciones fue el siguiente:

"1. Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma Sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.

Colombia declara que las normas de este estatuto deben ser aplicadas e interpretadas de manera concordante con las disposiciones del derecho internacional humanitario y, en consecuencia, nada de lo dispuesto en el estatuto afecta los derechos y obligaciones consagrados en las disposiciones del derecho internacional humanitario, en especial las señaladas en el artículo 3° común a los cuatro convenios de Ginebra y en los Protocolos I y II a estos convenios.

Así mismo si llegara a darse el caso de que un colombiano haya de ser investigado y enjuiciado por la Corte Penal Internacional, procede la interpretación y aplicación del Estatuto de Roma, de ser apropiado, de conformidad con los principios y normas que integran el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos.

2. Colombia, respecto de los artículos 61, párrafo 2°, literal b) y 67 párrafo 1, literal d), declara que siempre será en interés de la justicia que a los nacionales colombianos les sea garantizado plenamente el derecho de defensa, en especial el derecho a ser asistido por un abogado durante las etapas de investigación y juzgamiento por parte de la Corte Penal Internacional.

3. Colombia respecto del artículo 17, párrafo 3°, declara que las "otras razones" a que se refiere el citado artículo a fin de determinar la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar un asunto, se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio.

4. Colombia teniendo en cuenta que el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, declara que ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma modifican el Derecho Interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que le son propias dentro del territorio de la República de Colombia.

(...)

6. De conformidad con lo señalado en el artículo 87 párrafo 1° literal a) y párrafo 2° primer inciso del mismo artículo, el Gobierno de Colombia declara que las solicitudes de cooperación o asistencia se tramitan por vía diplomática, las cuales deberán estar en el idioma español o acompañadas de una traducción a este idioma". (Declaraciones interpretativas al Estatuto de la Corte Penal Internacional. [En línea]. Disponible en <http://www.un.org.law.icc> (consultado septiembre 2 de 2013).

⁶⁹⁷ **Estatuto de Roma. Artículo 124. "Disposición de Transición.** No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123".

“5. “El Gobierno de Colombia haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 124 del Estatuto y sujeto a las condiciones establecidas en el mismo, declara que no acepta la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de esos crímenes por nacionales colombianos o en territorio colombiano”⁶⁹⁸.

Teniendo en cuenta que el Estatuto de Roma, de conformidad con la regla de vigencia prevista en el artículo 126 del ECPI entró en vigor para Colombia el primero de noviembre de 2002, los siete años de la salvedad vencieron el primero de noviembre de 2009. Durante este lapso la jurisdicción de la CPI en el caso colombiano estuvo limitada a los crímenes de genocidio y de lesa humanidad cometidos en su territorio o por sus nacionales. Aunque el artículo 124 contempla la posibilidad de retirar la declaración en cualquier momento, Colombia la mantuvo durante los siete años.

La salvedad establecida en el artículo 124 ECPI fue introducida en los últimos días del mandato del presidente Andrés Pastrana (Agosto 5 de 2002)⁶⁹⁹. Uribe Vélez comenzaba así su primer período presidencial (2002-2006) en un país *“marcado por la promesa de acabar con la guerrilla de las FARC-EP y con la esperanza que significaba la entrada en vigor del ER, en la medida en que dicho Estatuto era visto como la posibilidad de juzgamiento de graves crímenes cometidos en el país por diversos actores del conflicto, si la justicia colombiana no mostraba una voluntad seria de investigación y juzgamiento, ante los altos índices de impunidad y ante la constatación de la colaboración de algunos miembros de la fuerza pública con los grupos paramilitares”*⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ Las declaraciones interpretativas realizadas por diferentes Estados al Tratado de Roma se pueden consultar en <http://www.un.org.law/icc> (Consultada el 29 de agosto de 2013).

⁶⁹⁹ “Antes de tomar posesión como presidente, Uribe Vélez había aceptado la propuesta del presidente saliente, Andrés Pastrana, a comienzos de agosto de 2002, de establecer una salvedad a la competencia de la CPI, permitida (...) con relación a los crímenes de guerra, y establecida por el artículo 124 objeto de análisis”. (SCHNEIDER, Jan; TABORDA Ocampo, Francisco. 2011. “Alcance de la declaración colombiana según el artículo 124 del Estatuto de Roma”. Revista de Derecho, núm. Sin mes, pp. 297-329).

⁷⁰⁰ (Ibídem, pp. 304-305). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Caso 19 comerciantes vs. Colombia. En el capítulo VI de esta sentencia alusivo a “Hechos probados”, se hace un recuento del surgimiento del paramilitarismo en Colombia (Párr. 84.a) a 84.h especialmente). También sobre el particular la sentencia CIDH, caso de la Masacres de Ituango vs. Colombia (Párr. 125.1 a 125.25, especialmente).

Tan sorprendente como la inclusión de la norma de transición del artículo 124 en el texto final del Estatuto de Roma⁷⁰¹, fue la declaración de Colombia acogiendo a la salvaguardia allí prevista. La noticia fue recibida con gran sorpresa en las otras instituciones del Estado⁷⁰², en la sociedad civil, en el mundo académico y en la comunidad jurídica, comoquiera que en ningún momento el Gobierno saliente anunció que adoptaría dicha salvaguardia, no hubo discusión, ni anuncio alguno; el país se sintió sorprendido por una decisión de última hora, ya que la posesión del nuevo presidente fue el 7 de agosto (Aponte Cardona).

La justificación para la declaración, se sustentó políticamente en la intención del Gobierno nacional de mantener abierta la posibilidad de realizar diálogos con la subversión y los grupos paramilitares⁷⁰³. Para los Gobiernos de

⁷⁰¹ “La inclusión de disposiciones transitorias no estaba prevista en el Proyecto de Estatuto elaborado por la CDI en 1994, ni en el Proyecto presentado por la Comisión Preparatoria a la Conferencia de Roma. Ni siquiera figuraba en el documento preparado por el Grupo de Trabajo sobre Cláusulas finales, y, por tanto, no fueron debatidas por el Comité Plenario. Por el contrario, la disposición transitoria se recogió en un documento oficial de la Conferencia de Roma en un momento tardío, fue distribuida el último día de la Conferencia y se votó como un todo junto con el resto del Proyecto de Estatuto//El artículo 124 deriva de una propuesta informal francesa tendente a incluir un Protocolo Adicional al Estatuto para excluir de la competencia de la Corte a los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad por un plazo de diez años hasta tanto se celebre la Conferencia de Revisión (...). La posición de Francia junto con la de otros miembros del Consejo de Seguridad era la de lograr que se contase con el consentimiento concreto del Estado de la nacionalidad del sospechoso en los casos de enjuiciamiento de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad a menos que el asunto fuera sometido a la Corte por el Consejo de Seguridad”. (Quesada, C. op.cit. p. 110).

⁷⁰² El Procurador General de la Nación, envió una comunicación al Gobierno en la que rechazaba la decisión: “Los colombianos recibieron con enorme sorpresa la noticia de la salvaguardia y se considera que con ello hemos mandado a la comunidad internacional el equivocado mensaje diciendo que nuestro Estado está dispuesto a no permitir que la CPI conozca, en forma residual, de las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que se cometan con motivo del conflicto armado interno”. (El Tiempo, martes 3 de septiembre de 2002, pp. 1-8. Citado por Aponte Cardona Alejandro. Caso Colombia. En: AMBOS Kai y MALARINO Ezequiel (editores). Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España. Montevideo: Mastergraf, 2003, p.237).

⁷⁰³ “Durante más de tres años, en el Gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002), Colombia llevó a cabo diálogos infructuosos de paz con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP) (...) en lo que se conocería como *zona de distensión*, la cual comprendía los municipios de La Macarena, Mesetas, Uribe y Vista Hermosa, en el Departamento del Meta, y San Vicente del Caguán, en el Caquetá. (...) La *zona de distensión* entró en vigencia el 7 de noviembre de 1998 y las conversaciones entre Gobierno y FARC se iniciaron oficialmente el 7 de enero de 1999. Allí deliberaron delegados de esa guerrilla y negociadores del Gobierno, sin ponerse de acuerdo ni siquiera en una agenda común que orientara establemente el proceso.// Mientras tanto se intentaron simultáneamente diálogos con la guerrilla del Ejército de Liberación Nacional (ELN), diálogos que a pesar de haber estado precedidos de conversaciones en el exterior y acercamientos posibilitados por gobiernos amigos del proceso, no pudieron adelantarse en una zona propuesta por las partes”. Paralelamente, “Desde gobiernos anteriores al de Pastrana, por lo menos desde César Gaviria (1994-1998) y Ernesto Samper (1994-1998), habían arremetido las acciones de los grupos paramilitares, cuyos enfrentamientos efectivos con la guerrilla fueron realmente pocos si se tiene en

entonces, la salvedad garantizaba que no existiera una amenaza de castigo inminente respecto de crímenes de guerra cometidos por actores que podrían eventualmente ser beneficiarios de amnistías o indultos como consecuencia de un proceso de paz exitoso. En este sentido, el ministro de Relaciones Exteriores del Gobierno saliente, al responder a las críticas a la declaración manifestó que *“la decisión fue consultada y avalada por el Gobierno de Uribe, en el entendido que no era conveniente dejar obstáculos para un eventual reanudación de los diálogos”*⁷⁰⁴ Se refería a los diálogos de paz con los grupos insurgentes, los cuales habían sido suspendidos en marzo de 2002 (Aponte Cardona). Por su parte, el Alto Comisionado para la paz manifestó que se trataba de dejar *“una ventana abierta”* para un eventual proceso de paz⁷⁰⁵.

Estaba claro que tanto para el Gobierno que hizo la declaración (Pastrana) como para el que la mantuvo durante ocho años (Uribe), la competencia plena de la Corte representaba un obstáculo para el adelantamiento de diálogos con grupos armados al margen de la ley.

La decisión del Gobierno colombiano de acogerse a la salvedad del artículo 124 ECPI, torna contradictoria y ambigua la posición jurídica y política del Estado colombiano frente al modelo de justicia global diseñado en el Estatuto de Roma. Es contradictoria porque, la exclusión de los crímenes de guerra de la competencia de la Corte Penal Internacional, por un período de siete años, no resulta consecuente con los propósitos que en su momento alentaron una reforma constitucional para la incorporación del mencionado tratado en el orden jurídico interno.

cuenta que habían surgido aparentemente como fuerzas contrarrevolucionarias. En contraste, la mayoría de sus acciones se orientaron contra la población civil. (...) En la época en que fue firmado en la capital italiana el ER finalizaba su mandato presidencial Ernesto Samper y se aprestaba a asumir el poder Andrés Pastrana. En los últimos tiempos en Colombia, dos hechos, entre muchos de gran connotación histórica a nivel mundial, han marcado un compás de esperanza para los colombianos: la ratificación a mediados de la década de los noventa, del Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 por parte del Congreso colombiano y la ratificación, a comienzos del siglo XXI, del ER”. (SCHNEIDER, Jan; TABORDA Ocampo, Francisco. 2011. "Alcance de la declaración colombiana según el artículo 124 del Estatuto de Roma". Revista de Derecho, num. Sin mes, pp. 303 y 304).

⁷⁰⁴ El Tiempo, martes 3 de septiembre de 2002, pp. 1-8. Citado por Aponte Cardona Alejandro. Caso Colombia. En: AMBOS Kai y MALARINO Ezequiel (editores). Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España. Montevideo: Mastergraf, 2003, p.237).

⁷⁰⁵ El Tiempo, miércoles 4 de septiembre de 2002, pp. 1-11. Citado por APONTE CARDONA, op. cit. p. 237.

En efecto, tal como se sustentó en la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo para reformar el artículo 93 de la Constitución, uno de los argumentos expuestos con mayor énfasis para destacar la importancia de que Colombia allanara el camino jurídico para su adhesión al Tratado de Roma, fue el escalamiento del conflicto armado y el contexto de impunidad que reinaba en materia de graves violaciones a los derechos humanos y particularmente de graves infracciones al derecho de los conflictos armados, y la consiguiente necesidad de que se incorporara como elemento esencial de la negociación el respeto por el derecho internacional humanitario. Sobre el particular se dijo en el informe de ponencia para primer debate del A.L. reformativo de la Constitución:

“(…) Es claro que un proceso de negociación sólo es viable, si se incorpora como elemento esencial el respeto al derecho internacional humanitario. Por consiguiente, no puede ser incompatible con el mismo, reforzar este respeto (…). La política de negociación, como cualquier otra, debe basarse en la realización de los derechos humanos, no aceptar el mandato de la Corte Penal Internacional, o sólo parcialmente, significaría darle al derecho internacional humanitario un valor retórico y, de alguna manera, ser tolerante con los delitos de lesa humanidad. El Estatuto de la Corte Penal Internacional constituye, igualmente, el umbral de lo que es absolutamente condenable para todos, de esta manera, descarga a los negociadores de la responsabilidad de definir estos parámetros y descongestiona la agenda de negociación. En otras palabras, el Estatuto de Roma es el marco normativo básico y una garantía para todos”⁷⁰⁶.

La decisión de Colombia de hacer uso de la salvedad no resulta tampoco coherente con los fines que se atribuyen a esta alternativa de aceptación parcial de la jurisdicción de la CPI. Si bien los antecedentes del Estatuto no aportan muchos elementos que permitan identificar los fines adscritos a la norma de transición, dada su tardía inclusión en el articulado del proyecto, la Corte Constitucional al efectuar el control de constitucionalidad del tratado y su ley aprobatoria afirmó que *“el objetivo de esta disposición es brindar a los Estados Partes tiempo suficiente para capacitar a todo su personal militar sobre los requisitos del Estatuto con respecto a los crímenes de guerra, ya que algunas de las disposiciones del Estatuto podrían ser contrarias a las obligaciones nacionales existentes”*⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ (Gaceta del Congreso de Colombia No.114, abril 9 de 2001, Informe de Ponencia Primer Debate Proyecto Acto Legislativo 014 de 2001 Senado, *Por medio del cual se incorpora a la Constitución Colombiana el Estatuto e Roma de la Corte Penal Internacional*).

⁷⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002. Fundamento Jurídico 4.15.2.5.

Esta justificación resulta extraña para el caso colombiano, comoquiera que para la época en que se hizo la declaración, el derecho internacional humanitario ya era un imperativo para los combatientes, fueren estos regulares o irregulares. En efecto, los crímenes de guerra previstos en el artículo 8° del Estatuto de Roma tienen su fuente en instrumentos internacionales respecto de los cuales Colombia se hizo Parte, con varios años de antelación al momento en que se optó por la “salvaguardia” del artículo 124: los Convenios de Ginebra de 1949 entraron en vigor para Colombia el 8 de mayo de 1962, en virtud de la Ley 5 de 1960; el Protocolo (I) Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, entró en vigor para Colombia el 1° de marzo de 1994⁷⁰⁸; en tanto que el Protocolo (II) Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, entró en vigor para Colombia el 15 de febrero de 1996, en virtud de la Ley 171 de 1994. Además desde el año 2000 (Ley 599), se encontraban tipificados en el orden jurídico colombiano los delitos contra las personas y los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario⁷⁰⁹.

Las anteriores referencias demuestran que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre crímenes de guerra no resultaba sorpresiva ni para el Estado, ni para los ejércitos legales e ilegales que por décadas se han enfrentado en un conflicto armado interno, que, independientemente de la jurisdicción de la CPI, debía estar sometido a los límites éticos impuestos por el derecho internacional humanitario. Las razones relativas a la creciente degradación del conflicto armado, y el frecuente uso de medios y métodos de guerra ilegítimos por los actores armados, con las que se justificó en su momento la necesidad de la adhesión de Colombia al tratado que creaba la Corte Penal Internacional, apoyaban con mayor énfasis y pertinencia el que esa adhesión fuese plena, incluyendo la jurisdicción sobre crímenes de guerra, reforzando así, mediante el mensaje preventivo que porta el derecho penal internacional, los imperativos éticos del DIH.

⁷⁰⁸ En virtud de la no improbación otorgada por la Comisión Especial Legislativa el 4 de septiembre de 1001.

⁷⁰⁹ Código Penal (Ley 599 de 2000), Título II. Aunque fue promulgada el 24 de julio de 2001, por disposición del legislador entró en vigor un año después.

La decisión de Colombia, de aceptar parcialmente la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, y particularmente las razones esgrimidas para sustentar la moratoria a la jurisdicción sobre crímenes de guerra, resulta también inconsecuente con el principio de complementariedad, toda vez que pareciera desconocer la obligatoriedad de tipificar, investigar y juzgar en el orden interno los crímenes de guerra. Este imperativo deriva no solamente del modelo de justicia basado en la complementariedad que le adscribe al Estado Parte la jurisdicción prioritaria, sino de las obligaciones contraídas a través de instrumentos internacionales de derecho humanitario como son la previstas en los artículos 49 del I Convenio de Ginebra, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio y 146 del IV Convenio⁷¹⁰.

1.2.2. El Acuerdo Bilateral de Inmunidad celebrado entre Colombia y los Estados Unidos

Desde el mismo momento en que entró en vigor el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el año 2002, Estados Unidos desplegó una fuerte presión diplomática en procura de que Colombia suscribiera uno de los acuerdos tipo impulsados para evitar que sus nacionales fueran sometidos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Inicialmente el Gobierno de Colombia se sustrajo a dicha exigencia amparándose en la existencia del Acuerdo de 1962 sobre Ayuda Económica, Técnica y Afín entre el Gobierno de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América, que brindaba inmunidad a los cooperantes civiles y militares estadounidenses que se encontraran en territorio colombiano⁷¹¹. Sin embargo, para el Gobierno de los Estados Unidos, dicho acuerdo no resultaba suficiente, comoquiera que sólo cobijaba a militares y funcionarios, pero no a ciudadanos estadounidenses ajenos a

⁷¹⁰ El texto común a todos los preceptos mencionado, consigna: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a todas las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente//Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad (...)”.

⁷¹¹ El embajador de Colombia en Washington señaló: “Creemos que no es necesario, [un nuevo acuerdo] pues existe un tratado de 1962 que da inmunidad a los cooperantes civiles y militares de Estados Unidos que estén en Colombia y que se puede ajustar al TPI (...) el ajuste se haría a través de una nota diplomática y no necesitaría el aval del Congreso, algo que [se] considera lento y complicado”. (Declaraciones del Embajador de Colombia en Washington, Luis Alberto Moreno. El tiempo, Septiembre 24 de 2002).

estas categorías, y además la inmunidad allí establecida no era específica frente a la Corte Penal Internacional.

El 17 de septiembre de 2003, la ministra de Relaciones Exteriores de Colombia, Carolina Barco, y el Subsecretario de Estado de los Estados Unidos suscribieron el “*Acuerdo entre la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América respecto de la entrega de personas de los Estados Unidos de América a la Corte Penal Internacional*”. A este acuerdo se le dio la forma jurídica de “*acuerdo simplificado*”⁷¹², o “*acuerdo ejecutivo*” (*executive agreement*), y a partir de esta consideración se le sustrajo del trámite complejo propio de los tratados públicos en Colombia, en el que intervienen activamente las tres ramas del poder público⁷¹³. De conformidad con el concepto material de tratado que se acepta en el derecho internacional⁷¹⁴, y que ha sido acogido por la jurisprudencia constitucional

⁷¹² La jurisprudencia constitucional colombiana ha precisado con apoyo en la doctrina que: “Los acuerdos simplificados son también acuerdos internacionales y por lo mismo actos con eficacia jurídica tanto en el derecho internacional como en el derecho interno”. La diferencia entre tratados solemnes y acuerdos simplificados radica esencialmente en la forma como se perfecciona el convenio y expresa el consentimiento, pues mientras en los tratados solemnes su “perfeccionamiento exige un acto de ratificación autorizada por el Parlamento, la intervención en su proceso formativo del Jefe de Estado como órgano supremo de las relaciones internacionales, y el intercambio o depósito de los instrumentos de ratificación”, los acuerdos de forma simplificada “obligan en virtud de un acto distinto a la ratificación, manifestándose mediante la autenticación del texto del acuerdo o por un acto posterior a la autenticación, distinto de la ratificación, como la aprobación, la notificación, la aceptación o la adhesión” (DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1999, p.139-140).

⁷¹³ La Corte Constitucional colombiana ha sostenido que “por regla general los tratados tienen carácter solemne para su aprobación en el derecho interno de cada Estado, de manera que la asunción de compromisos internacionales requiere la participación activa y el consentimiento expreso de las tres ramas del poder público. Ello significa, a su vez, que ni el Presidente de la República ni ninguna otra autoridad pueden asumir compromisos internacionales de manera autónoma o sin el concurso y aprobación de las autoridades antes mencionadas”. (Corte Constitucional, Sala Plena, Auto A-288 del 17 de agosto de 2010).

⁷¹⁴ El artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) contempla una definición material de tratado en los siguientes términos: “a) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. En el mismo sentido el artículo 2º de la Convención de Viena de 1986, sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, establece: “a) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito: i) Entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o ii) Entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. (Subrayas fuera del original).

colombiana,⁷¹⁵ dicho acuerdo debió ser sometido a aprobación del Congreso y a control previo de la Corte Constitucional.

Aunque el Acuerdo Bilateral de Inmunidad suscrito entre Colombia y los Estados Unidos para negar la entrega de personas de este país a la Corte Penal Internacional, se presentó como complementario del Convenio General para Ayuda Económica, Técnica y Afín entre el Gobierno de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América (conocido como el “Acuerdo de 1962”), se trataba de un instrumento que contenía nuevas obligaciones para Colombia, y que por lo tanto debió ser sometido al trámite constitucional a través del cual los tratados públicos se incorporan en el orden jurídico interno. Sobre el particular el tribunal constitucional colombiano ha precisado que “(...) *Aun tratándose de instrumentos internacionales que son desarrollo de otros, si a través de los mismos se crean nuevas obligaciones, o se modifican, adicionan o complementan las previstas en el respectivo convenio o tratado del que hacen parte, esos también deben someterse a los procedimientos constitucionales de aprobación por el Congreso y revisión automática de constitucionalidad por parte de esta Corporación, en razón a que implican para los Estados Partes, la asunción de nuevos compromisos, que deben ser avalados en los términos previstos por la Carta Política*”⁷¹⁶.

El Acuerdo Bilateral de Inmunidad (ABI) frente a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional celebrado entre el Gobierno de Colombia y los Estados Unidos de América, contempló obligaciones nuevas respecto del acuerdo de 1962 en materia de inmunidad de jurisdicción. Mientras que éste prevé un régimen de inmunidades aplicable únicamente al personal de la Misión Diplomática de los Estados Unidos en Colombia y al personal de la misión especial enviada por los Estados Unidos para cumplir con los compromisos del Convenio⁷¹⁷; el ABI de 2003 establece una inmunidad específica frente a

⁷¹⁵ La Corte Constitucional colombiana ha señalado expresamente que “no es el nombre o denominación de un instrumento internacional sino su contenido lo que define su naturaleza de Tratado”. Así lo indicó en la sentencia C-785 del 13 de octubre de 1999. También expuso este criterio en las providencias de Sala Plena: C-226 del 17 de junio de 1993, C-400 del 10 de agosto de 1998, C-750 del 24 de julio de 2008 y A-288 del 17 de agosto de 2010.

⁷¹⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-801 del 10 de noviembre de 2009.

⁷¹⁷ Convenio General para Ayuda Económica, Técnica y Afín entre el Gobierno de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América. Artículo III.

la CPI, y la hace extensiva a “toda persona de los Estados Unidos de América”⁷¹⁸.

De acuerdo con esta cláusula de inmunidad:

“Una persona de los Estados Unidos de América, el Estado que Envía, no será, salvo con el consentimiento expreso de los Estados Unidos de América:

a) Entregada ni trasladada de ninguna manera a ninguna entidad o tercer país, ni expulsada de un tercer país, con el propósito de entregarla o trasladarla a la Corte Penal Internacional, ni b) entregada ni trasladada de ninguna manera a ninguna entidad o tercer país, con el propósito de entregarla o trasladarla a un tercer país”⁷¹⁹.

El Gobierno de Colombia no podía, manifestar discrecionalmente su voluntad en materia internacional, excluyendo a los otros poderes públicos, pues como lo ha sostenido la Corte Constitucional colombiana *“por regla general los tratados tienen carácter solemne para su aprobación en el derecho interno de cada Estado, de manera que la asunción de compromisos internacionales requiere la participación activa y el consentimiento expreso de las tres ramas del poder público. Ello significa, a su vez, que ni el Presidente de la República ni ninguna otra autoridad pueden asumir compromisos internacionales de manera autónoma o sin el concurso y aprobación de las autoridades antes mencionadas”*⁷²⁰.

La suscripción del acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América respecto de la entrega de personas de este país a la Corte Penal Internacional, es catalogado como uno de los casos paradigmáticos de maniobra de *“elusión constitucional”*, técnica a través de la cual se evade simultáneamente el control político que la Constitución asigna al Congreso, y el control jurídico que se adscribe a la Corte Constitucional sobre los convenios internacionales, en desmedro de los principios de división de poderes y de vigencia del Estado Constitucional Democrático⁷²¹.

⁷¹⁸ “1. Para los fines del presente Acuerdo la expresión “persona de los Estados Unidos de América” significa cualquier funcionario, empleado (incluido cualquier contratista), o miembro del servicio militar actual o antiguo, del Gobierno de los Estados Unidos que goce de inmunidad frente a la jurisdicción penal en virtud del derecho internacional o que esté sujeta, de cualquier manera, a la jurisdicción del Estado que Envía (Estados Unidos de América)” (Ibídem).

⁷¹⁹ Ibídem, artículo 2.

⁷²⁰ Corte Constitucional. Sala Plena, Auto de A-288 del 17 de agosto de 2010.

⁷²¹ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La elusión constitucional: Una política de evasión del control constitucional en Colombia. Bogotá: Universidad del Rosario, 2ª edición, 2009, p. 121.

La decisión de Colombia de suscribir el Acuerdo de Inmunidad con los Estados Unidos de América, en el año 2003, vulneraba así el orden jurídico interno, comoquiera que sustraía un Convenio que contenía nuevas obligaciones para el Estado colombiano, del procedimiento y los controles político y jurídico establecidos por la Constitución; quebrantaba el orden internacional por cuanto dicho Convenio resultaba contrario a las obligaciones contraídas por Colombia al hacerse Parte del Tratado de Roma en materia de cooperación; y debilitaba políticamente al Estado colombiano en el concierto de los países afines a una opción de justicia internacional, que fundada en la complementariedad y la cooperación, enfrentara la impunidad sobre crímenes internacionales.

1.2.3. La ausencia de una implementación integral del Tratado de Roma en el orden jurídico interno colombiano

Desde el año 2001 en que se tramitó en el Congreso de la República una reforma constitucional para autorizar la aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional⁷²², ya se preveía la importancia de armonizar la legislación interna con los dictados del Estatuto de Roma. En el proyecto inicial que dio lugar al A.L. 02 de 2001 se incluía una cláusula según la cual se revestía al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que *“dentro de los doce meses siguientes a la promulgación de este acto legislativo dicte, mediante decretos, las disposiciones necesarias para que la legislación colombiana esté acorde con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”*⁷²³.

Esta fórmula presentaba serios problemas de constitucionalidad, toda vez que la implementación implicaba modificación a los códigos penales (sustantivo y procesal), y ello iba en contravía del artículo 150. 10 de la Constitución que prohíbe al Congreso conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República para *“expedir códigos”* y por ende para modificarlos. Advertido este inconveniente, en la ponencia para primer debate en el Senado se introdujeron algunas modificaciones a esta fórmula, reduciendo las facultades *pro tempore* a seis meses, y limitándolas en su finalidad al establecimiento de *“los procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación”*⁷²⁴, es decir a la implementación procesal. No obstante, también en este ámbito se requiere la intervención del órgano legislativo, toda vez que se trata de materias que involucran garantías procesales y derechos fundamentales

⁷²² Congreso de la República. Acto Legislativo 02 de 2001.

⁷²³ Gaceta del Congreso No. 114 de abril 9 de 2001. Proyecto de Acto Legislativo n° 14 de 2001, Senado *“Por el cual se incorpora a la Constitución el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”*.

⁷²⁴ Gaceta del Congreso No. 158 de 2001, 30 de abril de 2001.

como el debido proceso y la libertad personal, sujetas a reserva de ley. En el texto incluido en el informe de ponencia para primer debate en Cámara, desapareció la regla sobre implementación⁷²⁵.

El legislador colombiano no ha efectuado una labor integral de implementación del Tratado de Roma, como sí lo han hecho otros sistemas jurídicos de países pertenecientes a diferentes continentes y diversas tradiciones jurídicas (Cap. III).

En el año 2006, por iniciativa parlamentaria fue presentado al Congreso de la República un proyecto de ley *“Por la cual se dictan normas sobre cooperación con la Corte Penal Internacional”*⁷²⁶. Se trataba de una iniciativa de alcance precario, en la medida que anunciaba el propósito de regular las relaciones entre el Estado colombiano y la Corte Penal Internacional para el ejercicio de la jurisdicción atribuida a este organismo por el Estatuto de Roma, y sólo refería a la cooperación, para lo cual efectuaba constantes remisiones al ECPI. De manera que no proponía una implementación integral, y tampoco asumía una adecuación de las normas del ECPI al sistema nacional, limitándose a una remisión parcial, sin apoyarse en un desarrollo sistemático consistente. No obstante, a pesar de su sencillez y precariedad, en la exposición de motivos hacía referencia a la necesidad de una implementación que incluyera los ámbitos sustantivo y procesal, y alertaba sobre los riesgos de impunidad latentes en la ausencia de implementación del tratado⁷²⁷.

A pesar de que, como se ha indicado, el Estado colombiano no ha emitido una ley de implementación integral del Tratado de Roma en el orden jurídico interno, que atienda los aspectos sustantivo y procesal, existe alguna normatividad dispersa, una preexistente y otra posterior al momento en que Colombia se hizo parte del tratado, a la que es preciso hacer referencia a fin de establecer si puede hablarse de un modelo de implementación, y de qué tipo.

⁷²⁵ Gaceta del Congreso No. 271 del 13 de junio de 2001.

⁷²⁶ Proyecto de Ley No. 040 de 2006, Cámara. Publicado en las Gacetas del Congreso No. 267 de agosto 2 de 2006, pp. 5 a 11 (Texto original), y No. 411 de septiembre 28 de 2006 (Ponencia para Primer Debate), pp. 46 a 50.

⁷²⁷ En la justificación de la iniciativa se decía: “El por qué de su implementación. El Estatuto de Roma [no] contiene una disposición expresa que exhorte a los Estados a incorporarlo en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos; sin embargo dicho compromiso se desprende de su contenido y postulados, dividiéndose luego en: La tipificación de crímenes internacionales y su sanción, como también los reconocimientos a estos mecanismos de cooperación judicial.//Su no implementación por parte de los países se puede presentar (sic) en: No tener la tipificación de los crímenes de competencia de la Corte y se lleguen a cometer en nuestro territorio, se estaría ante la imposibilidad material de ejercer justicia, es decir, impunidad.” (Gaceta del Congreso No. 411 de septiembre 28 de 2006, p. 46).

1.3. ¿Puede hablarse de un modelo de implementación acogido por el Estado colombiano?

Como se indicó en el capítulo III, las modalidades de implementación identificadas en la experiencia comparada, para la recepción del derecho penal internacional en los sistemas nacionales de justicia son: (i) la incorporación de las normas del ECPI, ya sea mediante la aplicación directa, el reenvío, ó la reproducción; (ii) la implementación modificatoria (sustantiva y procesal); (iii) la aplicación de la ley penal ordinaria, como consecuencia de la no implementación; (iv) o algunas de estas formas combinadas⁷²⁸.

El Estado colombiano no ha optado por una incorporación plena de las normas del Tratado de Roma en el orden jurídico interno, ya sea autorizando su aplicación directa por parte de los jueces nacionales cuando ejerzan la jurisdicción prioritaria que les adscribe el principio de complementariedad; ó mediante la técnica del reenvío, ó la reproducción de los preceptos del tratado o de los instrumentos complementarios (Elementos de los Crímenes y Reglas de Procedimiento y Pruebas), en el derecho estatal.

Por el contrario, cuando el tribunal constitucional efectuó el control automático sobre el tratado y su ley aprobatoria (C-578/02), y sobre la ley aprobatoria de los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Pruebas (C-801/09), dejó claro que estas normas sólo están llamadas a producir efectos dentro del propio ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional y, por tanto, no tienen incidencia en el derecho interno de los Estados. Sus contenidos, operan exclusivamente en el marco de aplicación del Estatuto de Roma y no obligan a las autoridades del país a observarlas en los casos que se procesen y juzguen en su territorio.

Tampoco ha emprendido una labor legislativa integral orientada a expedir nuevas leyes de implementación o a modificar los códigos penal y de procedimiento penal con el propósito específico de adecuar estos sistemas normativos a las exigencias sustantivas y procedimentales que impone el establecimiento de un sistema de justicia internacional basado en la complementariedad. Esta opción implicaba una reforma legislativa de gran envergadura, coetánea o subsiguiente al momento en que Colombia se hizo parte del tratado, enfocada al específico propósito de implementar dicho instrumento en el orden jurídico interno, a fin de armonizarlo con las normas internacionales. Este camino ha sido transitado por países pertenecientes a distintos continentes y diversas tradiciones jurídicas como es el caso de

⁷²⁸ WERLE, op. cit. Pág. 153.

Alemania, Austria, España, Francia, Reino Unido, Sudáfrica, Argentina, Costa Rica, Uruguay Filipinas, Uganda, Kenia, entre otros. (Cap. III).

Excluidas tales alternativas de implementación, tampoco puede hablarse de una opción mixta que combine la incorporación de principios de derecho penal internacional, y la adopción de algunas medidas legislativas de adecuación, de menor alcance a las previstas en la modalidad anteriormente reseñada. Esta opción implica una reflexión y una valoración integral del sistema normativo interno, con miras a establecer en qué medida está en capacidad de responder a los requerimientos del principio de complementariedad, y de los deberes de cooperación que se derivan de la condición de Estado Parte, del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Lo anterior conduce a sostener que el Estado colombiano ha optado, hasta ahora, por la no implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y los instrumentos complementarios (Elementos de los Crímenes y Reglas de Procedimiento y Pruebas) en su derecho interno, y que por ende ha confiado en el grado de desarrollo y armonización de su sistema normativo con el derecho internacional, para enfrentar los desafíos que le impone su condición de Estado Parte del Estatuto de Roma, en materia de complementariedad y cooperación.

2. Evaluación del sistema jurídico interno a la luz de las necesidades de implementación del Tratado de Roma

A partir de la constatación efectuada en el aparte anterior, se hace necesario efectuar una evaluación general de la legislación penal a efecto de establecer las herramientas normativas con que cuenta Colombia, para articular el ejercicio de su jurisdicción penal en materia de crímenes internacionales, con la jurisdicción complementaria de la CPI. Este examen se efectuará teniendo en cuenta las variables seleccionadas para el análisis de la experiencia comparada en materia de implementación del Estatuto de Roma. En este orden de ideas se evaluarán los siguientes aspectos: (1) Una precisión previa sobre el alcance de la evaluación; (2) la dimensión sustantiva del desarrollo normativo, y en este ámbito se indagará por: (2.1) el grado de incorporación de los tipos penales que conforman la competencia material de la Corte; (2.2.) la creación de categorías de imputación acordes con el enjuiciamiento de crímenes internacionales; (2.3) la incorporación o ampliación del principio de jurisdicción universal; (2.4) y la recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. (3) En lo que concierne a la implementación procesal, orientada a establecer mecanismos

de cooperación con la Corte Penal Internacional, se examinará el avance que se ha alcanzado en la adecuación normativa e institucional, con miras a hacer posible la cooperación del Estado colombiano con la Corte Penal Internacional.

2.1. Una necesaria precisión.

Desde que entró en vigor para Colombia la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (5 de agosto de 2002), un aspecto que ha marcado la discusión nacional e internacional en torno a la justicia penal basada en estándares internacionales y el caso colombiano, es el relativo a las iniciativas legislativas que se han desarrollado en la última década en Colombia⁷²⁹ para establecer mecanismos de justicia transicional en procura de superar la situación de conflicto armado interno en la que ha estado inmerso el país por más de medio siglo, y transitar hacia una situación de orden público que permita consolidar un estado de paz estable y duradera. Estas iniciativas se han fundamentado política y jurídicamente, en la necesidad de conciliar, de una parte, las demandas de justicia en materia de grave criminalidad, focalizadas en el deber de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario, y la satisfacción de los derechos de las víctimas; y de otra, el deber estatal de realizar esfuerzos en la búsqueda de la paz.

La discusión suscitada apunta a determinar si esos escenarios de justicia transicional que conllevan penas alternativas, suspensión de la pena, criterios de selección y priorización en el manejo de casos, sanciones extrajudiciales, penas alternativas, e incluso la renuncia condicionada a la acción penal, en relación con delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, dejarían indemne la jurisdicción estatal, frente a un eventual test de admisibilidad aplicado por la Corte Penal Internacional, conforme al artículo 17 del Estatuto de Roma.

⁷²⁹ Dentro de estos desarrollos normativo se destacan la Ley 975 de 2006 de nominada *Ley de justicia y paz*, “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”; La ley 1312 de 2009 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”; y el Acto Legislativo 01 de 2012 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Intentar una respuesta a este interrogante podría resultar tentador, y probablemente se echará de menos que ella no se ofrezca. Sin embargo, se trata de un problema que desborda el marco de esta investigación; por ende implicaría la formulación de variables distintas, comoquiera que se circunscribe en un escenario de justicia muy específico y excepcional, como es la justicia transicional, en tanto que el deber de implementación del tratado atañe al sistema de administración de justicia de los Estados Partes, con vocación de permanencia. No obstante, algunos de los análisis que aquí se realicen inciden en el escenario de administración de justicia transicional, toda vez que la parte sustantiva: tipificación de los crímenes, el establecimiento de categorías de imputación específica para criminalidad de sistema (formas de intervención criminal); el principio de imprescriptibilidad; se rigen por las disposiciones de la parte general del derecho penal, es decir de la legislación permanente objeto de esta valoración.

Por consiguiente, el análisis sobre el sistema legal estatal con miras a establecer su idoneidad para interactuar con el sistema de la Corte Penal Internacional, en los ámbitos de la complementariedad y la cooperación, no incluirá los mecanismos de la justicia transicional. Este escrutinio, focalizado en la legislación permanente, se efectuará de conformidad con las variables seleccionadas para el análisis de la experiencia de derecho comparado presentada en el capítulo III.

2.2. La dimensión sustantiva en la normatividad interna

2.2.1. El grado de incorporación de los crímenes internacionales en el derecho penal interno

Para la época en que se aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998), en Colombia se discutía el texto de un nuevo Código Penal impulsado por la Fiscalía General de la Nación⁷³⁰, en el que se plasmaron una serie de conductas punibles que corresponden, a algunas de las modalidades de

⁷³⁰ En uso de la potestad constitucional que el artículo 251.4 reconoce al Fiscal General de la Nación para presentar iniciativas Legislativas en materia de política criminal (Art. 251.4 C.P.), el Fiscal General Alfonso Gómez Méndez, presentó en el año de 1998, sendos proyectos de ley para la expedición de nuevos Códigos, Penal y de Procedimiento Penal, las cuales se concretaron en las Leyes 599 de 2000 (Código Penal) y 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal), estatutos que entraron a regir en julio de 2001.

genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra contemplados en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma.

A pesar de que la inclusión en el sistema normativo interno de ciertas figuras delictivas que eventualmente podrían corresponder a la categoría de crímenes internacionales, -si se cometen dentro de los contextos, general y específico, exigidos por el derecho internacional -, representa un avance en el proceso de adecuación del derecho nacional, a las exigencias de un modelo de justicia criminal global basado en la complementariedad, este desarrollo normativo dista mucho de lo que se espera de un genuino y completo proceso de implementación, que desde el punto de vista sustancial debe satisfacer, en el plano interno, el principio de legalidad y las exigencias del *orden justo* que promueve la Constitución, y en el ámbito internacional, las expectativas de lucha eficiente contra la impunidad, en materia de grave criminalidad.

La reforma penal en mención, se inspiró en el propósito de adecuar el derecho penal material y procesal a la nueva perspectiva que marcaba la concepción política del Estado Social, y Democrático de Derecho, la jurisprudencia que desarrollaba los textos constitucionales, y los compromisos internacionales asumidos por Colombia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario. En relación con este último propósito, se recalcó, que con la tipificación, en el ámbito nacional, de aquellas conductas que originan el repudio de la comunidad internacional se pretendía *“lograr la plena vigencia de los derechos humanos en nuestro país y adecuar nuestra normatividad a los postulados del derecho internacional humanitario”*⁷³¹

De modo que la tipificación en el derecho nacional de tipos penales propios del derecho penal internacional, si bien obedeció a la necesidad de responder a unas demandas internacionales, no involucró el deliberado propósito de efectuar una implementación sustantiva del Estatuto de Roma, entre otras razones, porque para la época en que se dio la discusión sobre el estatuto punitivo del año 2000, en Colombia aún no se había surtido el complejo proceso de incorporación de este tratado en el sistema normativo interno⁷³².

⁷³¹ Senado de la República. Gaceta del Congreso No. 126 del 22 de julio de 1998, p. 26. Proyecto de Ley No. 20 de 1998.

⁷³² Cabe recordar que el Estatuto de Roma fue aprobado el 17 de julio de 1998, y entró en vigor para Colombia el 1° de noviembre de 2002. La ley 600 de 2000 fue promulgada el 24 de junio de 2000.

Los delitos de derecho penal internacional creados por la reforma penal del año 2000 (Ley 599 de 200) fueron el genocidio, la desaparición forzada de personas, la tortura, el desplazamiento forzado, y los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

2.2.1.1. La incorporación del genocidio en el derecho nacional⁷³³

El delito de *genocidio*⁷³⁴ fue concebido en términos similares a como está contemplado en el artículo 6 del Estatuto de Roma⁷³⁵, y por ende en la Convención Internacional para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio,⁷³⁶ con algunas adaptaciones al derecho nacional, como el uso de la expresión “ocasionar la muerte” a un miembro el grupo protegido, en lugar de “matanza a miembros del grupo”⁷³⁷, la inclusión del *embarazo forzado* como una modalidad de genocidio no prevista en los instrumentos

⁷³³ No se pretende en este aparte realizar un estudio dogmático del crimen de genocidio, el propósito es hacer una referencia al grado de compatibilidad que la figura de Derecho interno presenta, en relación con la concepción prevista en el ECPI, sobre este crimen.

⁷³⁴ Código Penal. Artículo 101. Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta meses (480) a seiscientos meses (600); en multa de dos mil seiscientos sesenta y seis mil punto sesenta y seis (2.666,66) a quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses. La pena será de prisión de ciento sesenta (160) a cuatrocientos cincuenta (450) meses, la multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta tres (1.333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos setenta (270) meses cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos: 1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo. 2. Embarazo forzado. 3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. 4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. 5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

⁷³⁵ Estatuto de la Corte Penal Internacional. Artículo 6°. “Genocidio. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

⁷³⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1948, la cual entró en vigor el 12 de enero de 1951 y fue aprobada por el Estado Colombiano mediante la Ley 28 de 1959 y ratificada el 27 de octubre del mismo año.

⁷³⁷ Las dos expresiones incorporan contenidos similares, comoquiera que de acuerdo con el documento de *Los elementos de los crímenes*, el genocidio mediante matanza exige como primer elemento: “Que el autor haya dado muerte a una o más personas”. (Artículo 6 a) de “Los Elementos de los Crímenes”).

internacionales mencionados, y la extensión de la protección penal a los *grupos políticos*⁷³⁸.

El primer avance notable que se puede registrar es su consagración autónoma, con independencia de otros atentados contra la vida, y deslindada del concepto de crimen de lesa humanidad, al que estuvo vinculado históricamente. El legislador imprimió gran relevancia a este tipo penal, comoquiera que lo ubicó como el más grave atentado contra los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal, imponiéndole un rango punitivo de hasta 40 años de prisión.

La Corte Constitucional ha emitido notables pronunciamientos en torno a la configuración normativa de este crimen internacional, decisiones que han contribuido a su desarrollo doctrinario, preservando la esencia de una prohibición que ha convocado el consenso de la comunidad internacional. En este sentido ha destacado que su incorporación en el Derecho nacional *“reafirma la inviolabilidad del derecho a la vida (Art. 11 C.P.), protege el pluralismo en sus diferentes manifestaciones (Art. 1 C.P.) y garantiza el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia (Art. 9 C.P.)”*⁷³⁹. Ha sustraído del orden jurídico expresiones de la descripción típica original que recortaban el umbral de protección previsto en el derecho internacional⁷⁴⁰. Así mismo ha reafirmado la prohibición de reconocer la

⁷³⁸ La inclusión del *“genocidio político”* en el Derecho nacional, pese a que no se encuentra contemplado en el derecho internacional fue muy polémica en su momento. Se sostuvo que tal opción desvirtuaba un tipo penal de gran tradición en el derecho internacional y generaba confusión en un país en conflicto armado, comoquiera que podría concluirse que los actos estatales violentos contra los grupos armados ilegales constituirían genocidio (Gaceta del Congreso No. 37 de abril 7 de 1999, pp. 3-4. Ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes al Proyecto de ley 142 de 1998). Tales observaciones no tenían un fundamento sólido, toda vez que, de una parte, el Estado colombiano podía ampliar el umbral de protección previsto en el estándar internacional, y de otra, la persecución de los grupos armados ilegales es un deber de las Fuerzas Armadas del Estado. El propio Gobierno presentó objeciones a la inclusión de esta modalidad de genocidio, argumentando que los grupos políticos carecen de identidad, de estabilidad y homogeneidad, lo cual dificulta su identificación, y representa un obstáculo para la persecución estatal de los grupos insurgentes, dado el reconocimiento político que el Estado les ha reconocido, con fines de negociación. No obstante, esta expansión del ámbito del genocidio a los grupos políticos cuenta con importante respaldo en razones de política criminal, dado que en el contexto de violencia que ha vivido el país durante décadas, se ha perpetrado el exterminio sistemático de grupos con reconocimiento político institucionalizado.

⁷³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002.

⁷⁴⁰ En la sentencia C-177 del 14 de febrero de 2001, reiterada en C-330 del 28 de marzo de 2001, declaró inexecutable la expresión *“que actúe en el marco de la ley”* referida a los grupos protegidos por la norma, toda vez que con ello se introducía un condicionamiento para prodigar la protección a la vida de los grupos humanos (nacional, étnico, racial, religioso y político) que resultaba inconstitucional, frente al alcance universal del derecho a la vida previsto en el artículo 11 de la Constitución, y la

obediencia debida como justificante en casos de genocidio⁷⁴¹; ratificó que la jurisdicción Penal Militar no es competente para conocer del delito de genocidio, comoquiera que mediante éste se rompe el nexo funcional entre el agente y el servicio⁷⁴²; destacó que la descripción del genocidio en el Derecho nacional, en particular la exigencia normativa de que el atentado contra las personas se produzca *en razón a la pertenencia al grupo*, no desconoce ninguna de las obligaciones que los estándares internacionales imponen al Estado colombiano, específicamente, el deber de tipificar el crimen siguiendo las principales estructuras de imputación previstas en la normativa internacional, y la prohibición de protección deficiente⁷⁴³.

Puede afirmarse en consecuencia, que la tipificación del crimen de genocidio en el orden interno colombiano, responde de manera general al estándar establecido en el derecho internacional, por lo que en relación con esta grave violación a los derechos humanos, desde el punto de vista sustantivo, el sistema nacional de justicia se encuentra en condiciones de ejercer la jurisdicción prioritaria que le demarca el principio de complementariedad. La configuración interna del crimen responde a la técnica de armonización del derecho penal internacional, comoquiera que el legislador se ajustó al contenido esencial del estándar internacional (tomando como referente la Convención internacional), e introdujo algunas adecuaciones justificadas en criterios de política criminal local.

2.2.1.2. Los crímenes de lesa humanidad en el derecho nacional⁷⁴⁴

No puede afirmarse lo mismo en lo que concierne a la incorporación de los *crímenes de lesa humanidad* en el orden jurídico interno. En relación con la adecuación del sistema normativo nacional respecto de esta categoría de crímenes, las falencias y los vacíos que se presentan ocasionan serias dificultades de adecuación que aparecen registradas en la discusión doctrinaria y en la práctica judicial nacional.

protección más amplia brindada por la Convención contra el Genocidio, que para el efecto constituía parámetro de constitucionalidad.

⁷⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-551 del 30 de mayo de 2001.

⁷⁴² Corte Constitucional, sentencia C-878 del 12 de julio de 2000.

⁷⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-488 del 22 de julio de 2009.

⁷⁴⁴ Se aclara igualmente, que este aparte no incluye un estudio dogmático de los crímenes de guerra, comoquiera que el propósito es demostrar el grado de adecuación del derecho nacional, al derecho penal internacional, en lo que concierne a esta categoría delictiva.

A diferencia de lo que se constató en otras legislaciones de países pertenecientes a diversos continentes, no existe en el orden jurídico penal colombiano una categoría de delitos que se aglutinen bajo la denominación de *crímenes de lesa humanidad*⁷⁴⁵. Se incorporaron determinadas conductas que pueden corresponder a algunas de las acciones individuales que concurren a configurar crímenes de lesa humanidad, pero despojadas del elemento contextual (el ataque sistemático y generalizado contra una población civil) que le imprime el carácter y la identidad a este crimen.

En efecto, luego de múltiples intentos fallidos, por primera vez se introdujo en la legislación colombiana un tipo penal de desaparición forzada de personas⁷⁴⁶ como un atentado contra *“la libertad personal y otras garantías”*⁷⁴⁷. Se trata de una configuración normativa que no obstante tomar sus elementos esenciales de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas⁷⁴⁸, fue sometida a un proceso de adecuación por vía jurisprudencial, consistente en la ampliación del espectro del sujeto activo a cualquier particular, independientemente de que pertenezcan o no, a una organización ilegal, o

⁷⁴⁵ En la discusión legislativa que se surtió a propósito de la expedición de la Ley 589 de 2000, por medio de la cual se tipificó por primera vez en Colombia el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura, se propuso la incorporación de los mencionados delitos en el código penal, como *“delitos de lesa humanidad”*. Sin embargo, tal propuesta fue derrotada por estimar que se trata de un concepto que presenta una flexibilidad admisible en el ámbito del derecho internacional, pero que presentaría serias dificultades a la hora de su aplicación en el derecho nacional. Primaron los temores por la consagración de tipos penales extremadamente indeterminados, que exigiesen una remisión permanente a la normatividad internacional, lo cual condujo a su incorporación dentro de los títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales. (Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso, n° 450, del 18 de noviembre de 1999, p.6).

⁷⁴⁶ Artículo 165 del Código Penal. Desaparición Forzada. “El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley (...)”// “A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior”.

⁷⁴⁷ Así se identifica el título III de la parte especial del Código Penal que abre su capítulo primero con el delito de desaparición forzada de personas.

⁷⁴⁸ Esta Convención fue aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 1418 de 2010. Sometida a la revisión constitucional de rigor, fue declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-620 del 18 de agosto de 2011. El artículo 2 de este instrumento define el crimen así: *“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”*.

que actúe en connivencia con agentes estatales. Guiado por el mismo propósito de ampliación del umbral de protección, el tribunal constitucional precisó que basta con que se concrete la falta de información sobre el paradero de una persona para que se configure la conducta criminal, sin que se precise de un requerimiento al sujeto activo del ilícito⁷⁴⁹.

El delito de *tortura* fue incorporado en el artículo 178 del Código Penal⁷⁵⁰ como un atentado contra la autonomía individual. Aunque su configuración contempla unas conductas alternativas diseñadas por el legislador nacional, preserva los elementos esenciales de la prohibición descrita en la Convenciones Internacionales de Derechos Humanos⁷⁵¹. La adecuación más significativa se registra en la inclusión de un sujeto activo indeterminado, a diferencia de lo previsto en el parámetro internacional, que concibe esta violación como un crimen en el que siempre intervienen, directa o indirectamente, agentes estatales. Esta adaptación se encuentra perfectamente compatible, por un lado, con la concepción de las Convenciones sobre Derechos Humanos, como mínimos que los Estados deben respetar, y la consiguiente potestad de ampliar, en el ámbito nacional, el umbral de protección de los derechos objeto de la salvaguardia. Y de otra parte, en el hecho de que uno y otro ordenamiento contemplan prohibiciones

⁷⁴⁹ En la sentencia C-317 del 2 de mayo de 2002, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “*grupo armado al margen de la ley*” que, en lo concerniente al sujeto activo de condición particular, limitaba el espectro de la norma a aquellos que pertenecieran a dichos grupos. Dejó claro la Corte que, en el ámbito nacional, podían ser perpetradores de este crimen, el particular (sin una cualificación especial, inciso 1°); y el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o aquiescencia de aquél (inciso 2°). En la misma providencia se condicionó la exequibilidad de la norma al entendimiento de que para cometer la infracción no es necesario que el particular sea requerido, sino que basta la falta de información o la negativa a reconocer dicha privación de la libertad.

⁷⁵⁰ Código Penal. Artículo 178. Tortura. “*El que inflija a una persona dolores y sufrimientos físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión (...)*”// “*En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior*”.

⁷⁵¹ El Artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, establece que “*se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica*”. De acuerdo con el artículo 3° del mismo instrumento, el sujeto activo de esta conducta está conformado por: “*a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan// b. Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices*”.

con diferentes destinatarios: en el caso de los Tratados sobre Derechos Humanos la prohibición se dirige a los Estados, en tanto que en el plano del derecho punitivo nacional los mandatos prohibitivos se dirigen a todos los habitantes del territorio nacional.

En relación con el Estatuto de Roma⁷⁵², la configuración normativa interna sobre el crimen de tortura resulta ser más específica en la descripción de las diversas motivaciones que inducen a perpetrar el hecho. De manera más técnica, la norma penal internacional prescinde de enumerar las motivaciones y reconduce el crimen a su concepción histórica, consistente en infligir vejámenes sobre *“la persona que el acusado tenga bajo custodia o control”*. No obstante, el hecho de que la norma local hubiese prescindido de este elemento normativo le imprime un mayor alcance. Estas variaciones en la concepción del delito en el ámbito nacional, frente al parámetro internacional, en la medida que no reducen el ámbito de protección prescrito en éste, se encuentran amparadas por la autonomía del legislador nacional, y el criterio de adecuación del derecho interno con miras a la *armonización* del derecho penal internacional.

El desplazamiento forzado fue incorporado en el derecho nacional como un delito contra la autonomía personal, sin consideración a un contexto en particular⁷⁵³. Aunque su configuración es distinta a la prevista en el artículo 7.2.d) del Estatuto de Roma para el acto individual de *“deportación y traslado forzoso de población”*⁷⁵⁴ constitutivo de crimen de lesa humanidad, incluye los elementos esenciales como son la coacción o la violencia, la ausencia de justificación y la migración. Sin embargo, como acontece con todas las figuras reseñadas en este aparte, carece del elemento de contexto propio del crimen contra la humanidad.

⁷⁵² El artículo 7.2.e) del Estatuto de Roma prevé que *“Por tortura se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control (...)”*.

⁷⁵³ Código Penal. Artículo 180. *“El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros, cambie el lugar de residencia, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años (...).//No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de la población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional”*.

⁷⁵⁴ Estatuto de Roma, Artículo 7.2. d) *“Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”*.

En una iniciativa legislativa más reciente se incorporó en el sistema penal nacional una figura delictiva que presenta rasgos similares al acto individual de *persecución*⁷⁵⁵, constitutivo de crimen de lesa humanidad cuando se inserta en el contexto de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil. Se trata de un acto de discriminación denominado *“Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política, u origen nacional, étnico o cultural”*⁷⁵⁶. En realidad se puede considerar una modalidad de la privación intencional y grave de derechos fundamentales (persecución), a través del hostigamiento orientado a causar daño físico o moral, y que se origina en motivos raciales, étnicos, de nacionalidad, ideológicos, religiosos o de identidad sexual. Además de presentar un espectro más reducido que el de la *persecución*, carece igualmente del elemento de contexto.

La anterior reseña sobre las graves violaciones de Derechos Humanos que se han incorporado como delitos de derecho nacional en el código penal colombiano, demuestra la debilidad del sistema normativo interno para enfrentar la investigación y juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. La principal dificultad radica en que no existe en el orden jurídico penal local una tipificación que armonice los requerimientos del derecho penal internacional en materia de crímenes contra la humanidad, especialmente el elemento contextual del delito, con el principio de legalidad estricto que impera en el Derecho nacional. Por tal razón, la incorporación diseminada en diferentes títulos del Código Penal, de algunas conductas constitutivas de prohibiciones contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos, no subsana esta falencia, comoquiera que se trata de configuraciones que recogen de manera muy fragmentaria la relación de actos individuales, constitutivos de crímenes contra la humanidad, conforme al artículo 7 del ECPI. Además, no incorporan el elemento contextual característico y definitorio del crimen de lesa humanidad.

⁷⁵⁵ *Ibíd*em, Artículo 7.2.g): “Por persecución se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”.

⁷⁵⁶ Código Penal. Artículo 134 B. “El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, y multa (...)”.

Las configuraciones mencionadas, carentes del elemento de contexto – *el ataque sistemático o generalizado contra una población civil* -, configuran otro tipo de delitos, sustancialmente distintos a las modalidades de crimen de lesa humanidad, previstos en la norma penal internacional, de donde se concluye que no cuenta el ordenamiento jurídico penal estatal con un soporte normativo claro, cierto y suficiente que le permita imputar de manera segura los crímenes de lesa humanidad. Sobre los riesgos y las dificultades que entrañan los intentos de adecuación de estos crímenes desde los principios generales del derecho internacional, el derecho consuetudinario y otras fuentes internacionales volveremos más adelante, con referencia a todos los crímenes internacionales.

2.2.1.3 Los crímenes de guerra en el derecho nacional⁷⁵⁷

El Código Penal colombiano cuenta con un título denominado “*Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario*”, creado por la reforma penal del año 2000 (ley 599/2000)⁷⁵⁸. Prevé una amplia gama de infracciones al derecho internacional humanitario (Arts. 135 a 164) entre los que se encuentran: (i) una serie de atentados contra la indemnidad y dignidad de las personas protegidas (homicidio, lesiones, acceso carnal y actos sexuales violentos, tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos, actos de discriminación racial); (ii) la utilización de medios y métodos de combate prohibidos (toma de rehenes, detención ilegal y privación del debido proceso, constreñimiento a apoyo bélico, despojo en el campo de batalla, omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria, obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias, represalias, destrucción del medio ambiente); (iii) ataques contra bienes protegidos (destrucción y apropiación de bienes protegidos, destrucción y utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto, ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas); (iv) ataques contra la población civil (deportación, destrucción, traslado o desplazamiento forzado de población

⁷⁵⁷ Se aclara que este aparte no incluye un estudio dogmático de los crímenes de guerra, comoquiera que el propósito es demostrar el grado de adecuación del derecho nacional, al derecho penal internacional, en lo que concierne a esta categoría delictiva.

⁷⁵⁸ La iniciativa de tipificar las infracciones al derecho humanitario como crímenes en la normatividad interna se le debe a la Fiscalía General de la Nación. El Proyecto de Ley 40 de 1998, mediante el cual se tramitó la expedición de un nuevo código penal, fue presentado ante el Senado de la República por el entonces Fiscal General de la Nación, Alfonso Gómez Méndez, el 4 de agosto de 1998, siendo Vice fiscal General, Jaime CÓRDOBA TRIVIÑO.

civil, atentados a la subsistencia y devastación, omisión de medidas de protección a la población civil, reclutamiento ilícito, exacción o contribuciones arbitrarias).

De manera similar a como se contempla en legislaciones como la argentina, la belga y la española⁷⁵⁹, la regulación no distingue la clase de conflicto armado en el que resultan aplicables dichas infracciones, por lo que, en principio podrían ser deducidas en contextos de conflicto armado internacional o no internacional. No obstante de conformidad con las reglas sobre aplicación de la ley en el espacio (Art. 14 del Cod. Penal), estarían básicamente destinadas a ser aplicadas en los conflictos armados no internacionales.

Aunque la configuración normativa prevista en el título II de la parte especial del Código Penal colombiano, no recoge de manera exhaustiva las conductas delictivas previstas en el artículo 8.2 del Estatuto de Roma, que como se sabe incluye crímenes de conflicto armado internacional y no internacional, sí tiene una significativa cobertura en cuanto a la tipificación de crímenes de guerra de conflicto armado que no sea de índole internacional. En este orden de ideas, contiene descripciones que responden en esencia a las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de 12 de agosto de 1949⁷⁶⁰, y otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Rodríguez- Villasanté y Prieto José Luis, y Pérez González Manuel. Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y SANÍN BETANCOURT, Amalia. El nuevo código penal y el derecho internacional humanitario en el contexto colombiano. En VALLADARES, Gabriel Pablo (comp.). Lecciones y Ensayos. derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 515 y 421, respectivamente.

⁷⁶⁰ Artículo 8.2.c) del Estatuto de Roma. . “A los efectos del presente Estatuto se entenderá por crímenes de guerra. [...] En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura// ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes// iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables”.

⁷⁶¹ Artículo 8.2.e).

Las conductas delictivas contenidas en el título segundo de la parte especial del Código Penal colombiano, no incluyen el elemento de contexto previsto en el artículo 8.1 del ECPI, esto es, *“cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”*, comoquiera que este ingrediente normativo no forma parte de la estructura del crimen de guerra. Su función es la de establecer un especial umbral de gravedad respecto de los crímenes de guerra de competencia de la Corte Penal Internacional. En tal medida su no inclusión en los tipos penales de Derecho nacional, que definen los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho humanitario, no representa un déficit de protección, como sí acontece con la omisión del elemento de contexto *“ataque sistemático o generalizado contra una población”* en la descripción doméstica de los crímenes contra la humanidad, toda vez que el mencionado elemento es constitutivo de estos últimos.

Aunque la incorporación de los crímenes de guerra en la legislación penal colombiana, obedeció en su momento al cumplimiento de demandas internacionales distintas a las derivadas del Tratado de Roma, puede afirmarse que en esta materia el Estado colombiano cuenta con un soporte normativo básico que le permite ejercer la jurisdicción prioritaria que le defiere el principio de complementariedad, una vez activada la jurisdicción plena de la Corte por expiración del plazo previsto en el artículo 124 ECPI.

Las referencias efectuadas en torno al grado de adecuación del sistema normativo estatal, en materia de tipificación de crímenes internacionales a las exigencias del derecho penal internacional, permite sostener que se aprecia un aceptable grado de armonización en lo relacionado con el crimen de genocidio, comoquiera que su configuración recoge con algunos ajustes, el alcance de la prohibición contemplada en la convención internacional sobre la materia y el delito previsto en el artículo 6 del ECPI. La regulación relativa a crímenes de guerra presenta, así mismo, un nivel de armonización que permite el ejercicio de la jurisdicción prioritaria estatal, en el ámbito de las más serias infracciones al derecho internacional humanitario. El balance en lo que concierne a los crímenes de lesa humanidad, por el contrario, es muy precario, al punto que es posible sostener, en el ámbito del derecho penal internacional, una total ausencia de implementación sustantiva en esta

materia, y además una deficitaria respuesta a las demandas internacionales de tipificación previstas en instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos. Estas falencias no pueden ser suplidas con intentos de tipificación por vía jurisprudencial, al amparo de principios generales del derecho internacional, sin sacrificar otros principios también contemplados en estándares internacionales, como se explica a continuación.

2.2.2. Los intentos jurisprudenciales para configurar el crimen de lesa humanidad en la práctica judicial

La exigencia de una tipificación nacional de los crímenes internacionales, en particular del crimen de lesa humanidad, emana de los compromisos de Colombia de eliminar la impunidad en materia de violación de Derechos Humanos, así como de su condición de Estado Parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho que, desde la perspectiva que orienta este trabajo, le impone la obligación de desarrollar una implementación sustantiva del mencionado tratado.

Los esfuerzos del Estado colombiano, encaminados a cumplir su obligación de investigar y juzgar las violaciones a los Derechos Humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario, con miras a erradicar la impunidad, deben paralelamente, contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho y a generar confianza en la administración de justicia nacional. Por ello, los avances desarrollados en materia de lucha contra la impunidad referida a los crímenes internacionales, deben ir de la mano con las conquistas de la racionalidad penal en lo concerniente a las garantías procesales, y particularmente, a los principios y sub principios que integran el postulado de legalidad estricta,⁷⁶² que orienta el sistema punitivo nacional.

⁷⁶² De conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”. Es decir, nadie puede ser condenado por actos u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivos. En desarrollo de este postulado la Corte Constitucional colombiana ha precisado que en materia penal el principio de legalidad tiene un doble alcance: “*En primer término, la estricta reserva legal en la creación de los delitos y las penas, y en segundo lugar, la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes, y en sentido estricto, referido a la necesidad de la descripción taxativa de los elementos que estructuran el hecho punible y a la inequívocidad en su descripción*” (Sentencia C-996 del 2 de agosto de 2000) //. Adicionalmente la jurisprudencia constitucional y la doctrina especializada han reconocido como elementos o alcances concretos del principio de legalidad, los siguientes: (i) *Nullum crimen sine praevia lege*: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; (ii) *nulla poena sine praevia lege*: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no

La inexistencia de una tipificación de los crímenes de lesa humanidad en el orden interno colombiano, y los desarrollos que sobre el particular se han realizado en la jurisprudencia penal nacional, han despertado una intensa polémica sobre la posibilidad de que los tribunales nacionales investiguen, juzguen y condenen por *crímenes de lesa humanidad*, con fundamento en una multiplicidad de fuentes, usadas de manera indiscriminada como: los principios generales de derecho internacional, el derecho consuetudinario internacional, la jurisprudencia internacional, el Estatuto de Roma con base en el concepto de bloque de constitucionalidad, ó en tipos penales comunes de derecho nacional, que no responden en esencia a la filosofía, la estructura y la entidad del crimen de lesa humanidad.

Dos casos ilustran en forma patente esta práctica inconveniente. El primero, el auto de mayo 13 de 2010 proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el caso *César Pérez García*, mediante el cual calificó el delito investigado como genocidio, pero categorizándolo como crimen de lesa humanidad, y sobre esa base, declaró la imprescriptibilidad de la acción penal. Son múltiples y de diversa índole los problemas teóricos y de manejo de fuentes que presenta dicha decisión.

Lo primero que se advierte en esta decisión es una distorsión en la concepción teórica del genocidio, equiparándolo a una modalidad de crimen de lesa humanidad⁷⁶³, cuando en el grado actual del desarrollo del derecho penal internacional, responden a construcciones típicas autónomas, cada una presenta un contexto específico y unas modalidades perfectamente definidas por la normatividad y la cultura jurídica internacional. Adicionalmente, se califican provisionalmente los hechos como *genocidio político*, y para la adecuación típica aplica retroactivamente el tipo penal de genocidio previsto en la legislación interna, amparándose para el efecto, en la Convención

esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; (iii) *Nemo iudex sine lege*: o sea que la ley penal solo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; (iv) *nemo damnetur nisi per legale iudicium*, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal. (Corte Constitucional, sentencias C-996 de 2000 y C-739 de 2000. Ferrajoli, Luigi. "Derecho y Razón". Editorial Trotta. Edición 2000. Pág. 273 y siguientes).

⁷⁶³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de mayo 13 de 2010. Caso *César Pérez García*.

internacional sobre la materia, que no contempla el delito de genocidio político⁷⁶⁴.

Al pretender establecer el marco jurídico del *crimen de lesa humanidad*, en el que según la providencia se ubica el genocidio, se menciona una multiplicidad de fuentes, internas e internacionales, pertenecientes estas últimas, a diferentes ámbitos del derecho internacional, sin decantar respecto de cada una de ellas, la pertinencia para el proceso de adecuación, ni la manera como ingresan al sistema nacional de fuentes. Para efectos de fundamentar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, invoca la Convención de 1968⁷⁶⁵, admitiendo su no ratificación por Colombia, y catalogándola de disposición de *ius cogens*. Finalmente, acude de manera genérica al concepto de bloque de constitucionalidad, sin especificar a cuál de la multiplicidad de preceptos y principios mencionados se aplica esta técnica de incorporación de normas internacionales, en el orden jurídico interno.

El segundo caso que ilustra las confusiones teóricas en torno al *crimen de lesa humanidad*, que erosionan el principio de legalidad de los delitos, es el relacionado con la inclusión del crimen de concierto para delinquir agravado⁷⁶⁶ en el catálogo de crímenes contra la humanidad. La discusión en Colombia en torno a la aplicación de esta categoría de delitos en el orden jurídico penal interno, ha estado afectada por dos factores que han incidido negativamente en que se adelante con el rigor, la serenidad y la sistematicidad que demandan la construcción de criterios fiables, en un tema de particular relevancia. El primero de ellos, es la creencia de que el elemento determinante para estructurar un crimen de esta naturaleza es el nivel de alarma que produce en la sociedad, o la connotación política o social de la

⁷⁶⁴ *Ibidem* Fol. 65.

⁷⁶⁵ Sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad.

⁷⁶⁶ Artículo 340 del Código Penal. **Concierto para delinquir.** “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses. // Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

víctima del delito. El segundo, es el de pretender, a través de esta calificación, sustraer un asunto en particular, de los parámetros normativos vigentes en materia de prescripción de la acción penal. Esta desviación de la discusión ha conducido a posiciones jurisprudenciales que resultan insostenibles frente a la ya sólida construcción teórica que existe en el ámbito internacional y en el derecho comparado, sobre el crimen de lesa humanidad.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁷⁶⁷:

“Para llegar a considerar a los responsables de concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes los siguientes elementos⁷⁶⁸:

- (i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad;
- (ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y
- (iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser conscientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización, bases a partir de las cuales varios tribunales internacionales y nacionales consideran que el concierto para cometer delitos de lesa humanidad también debe ser calificado como punible de la misma naturaleza⁷⁶⁹, como lo determina la Corte en este momento para el caso colombiano y con todas las consecuencias que ello implica⁷⁷⁰”

Sobre la afectación que se produce al principio de legalidad, mediante esta forma de adecuación punitiva, caben varias observaciones: en primer lugar, se trata de una construcción jurisprudencial en una materia que es privativa del legislador, comoquiera que la providencia no se limita a interpretar el

⁷⁶⁷ Ver, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Entre otros, Rad. 26945 de 11 de julio del 2007; Rad. 29472 de 10 de abril del 2008; Rad. 32022, de 21 de septiembre del 2009; Rad. 29640 de 16 de septiembre del 2009; Rad. 31582, de 22 de diciembre del 2009.

⁷⁶⁸ Se sigue lo expuesto por M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2a. Ed, La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 385, citado por JUAN CARLOS MAQUEDA, voto particular, Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia de 24 de agosto de 2004, causa N° 259.

⁷⁶⁹ Por ejemplo: Tribunal Criminal Internacional para Ruanda, Cámara I, sentencia de 27 de enero de 2000, Fiscal v. ALFRED MUSEMA, Caso No. ICTR 96-13-T; Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia de 24 de agosto de 2004, causa N° 259 y Juzgado Federal de Buenos Aires (Juez NORBERTO OYARBIDE), auto de 26 de septiembre de 2006.

⁷⁷⁰ Por ejemplo, la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena (Artículo VII de la Ley 707 de 2001, aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el artículo 29 de la Ley 742 de 2002, por medio de la cual se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Las citadas leyes, convención y Estatuto fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, sentencias C-580/02 y C-578/02, respectivamente.

inciso 2° del artículo 340 del Cod. Penal, sino que crea una sistemática para la aplicación del crimen de lesa humanidad por los jueces nacionales, asunto sujeto a reserva de ley. En segundo lugar, lo que el precepto invocado realmente contempla es una forma de participación en los delitos relacionados en el mismo, elevado por el legislador a figura delictiva autónoma, con el fin de anticipar la tutela penal a una fase preparatoria de esos punibles. En tercer lugar, se trata de un delito (el concierto o la asociación para delinquir), que no se encuentra registrado en ninguno de los catálogos de crímenes de lesa humanidad que se han elaborado en el ámbito internacional, durante el ya largo proceso de institucionalización de la justicia penal internacional⁷⁷¹. Y finalmente, no concurren en dicha descripción (Art. 34.2 Cód. P), los presupuestos que exige para su configuración, el estado actual de desarrollo de la teoría sobre el crimen de lesa humanidad, a saber: (i) que la conducta imputada se encuentre dentro del catálogo de delitos que forman parte de esta categoría, conforme a la más decantada y consensuada construcción (Art. 7° ECPI); (ii) que el delito se inscriba en el contexto de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil; (iii) que el actor tenga conocimiento de la existencia de un plan o una política para su ejecución.

La falta de precisión en la determinación de los elementos y la naturaleza del crimen de lesa humanidad ha llevado a la jurisprudencia incluso a sostener que *“(...) cualquier delito, así no esté incluido en dichos consensos internacionales puede pertenecer a tal dimensión”*. Por consiguiente *“el delito de concierto para delinquir agravado que no está incluido, (...) en los instrumentos internacionales como de lesa humanidad, en tanto comparte las características de esta categoría delictiva, sería considerado como tal”*⁷⁷².

Las confusiones teóricas que se observan frente a la sistemática de los crímenes de lesa humanidad tienen repercusiones particulares frente a las garantías propias del proceso penal, pero también en términos de la construcción de una cultura jurídica en materia de crímenes internacionales que se armonice y articule con los desarrollos del derecho penal internacional.

⁷⁷¹ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, artículo 6°; Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia, artículo 5°; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, artículo 3°; Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, artículo 2°; Estatuto de la Cámara Extraordinaria de la Corte de Cambodia, artículo 5°; Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7°.

⁷⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de septiembre 21 de 2009. Radicación 32.022 (pp. 196 y ss.).

A la falta de precisión conceptual, en una jurisprudencia que cumple función de unificación, se suma el manejo indiscriminado de fuentes internacionales, sin consideración al ámbito al cual pertenece la norma, aspecto éste que incide en su interpretación: restrictiva (derecho punitivo); o expansiva y amplificadora (Derechos Humanos y Derecho Humanitario). Este problema se abordará a continuación.

2.2.3. El problema de la fundamentación de imputaciones penales en los “Principios generales del derecho internacional”

Cuando el juez penal decide fundamentar, de manera principal o secundaria, la adecuación típica de una conducta en fuentes internacionales para suplir el déficit normativo del sistema nacional, debe ser extremadamente cauteloso dada la dispersión de normas internacionales, la existencia de múltiples fuentes en derecho internacional, su carácter desconcentrado y evolutivo, lo cual hace que no siempre resulte fácil concretar el contenido y alcance de una obligación internacional. Adicionalmente, es preciso identificar el área del derecho internacional al que pertenece la fuente aplicada, toda vez que la interpretación de la respectiva norma internacional depende del ámbito al cual pertenezca: derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional⁷⁷³.

Observado el proceso de institucionalización del derecho penal internacional, se encuentra que en la práctica de algunos tribunales nacionales⁷⁷⁴ e internacionales⁷⁷⁵ se han aplicado tipificaciones penales internas posteriores a

⁷⁷³ Corte Constitucional. Sierra Porto, Humberto. Aclaración de voto a la sentencia C-620 de 2011 en la cual se declaró la exequibilidad de la Ley 1418 de 2010, “*Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*”. Adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006.

⁷⁷⁴ De conformidad con el artículo 15.1 del PIDCP: “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”

⁷⁷⁵ Algunos ejemplos de esta práctica son mencionados por Andreas Forer y Claudia López: “**Argentina:** Caso *Simon, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, Corte Suprema de la Nación, Causa 17.768, párrafos 30 y 31, sentencia del 14 de junio de 2005. **Panamá.** Corte Suprema de Justicia de Panamá, sentencia del 2 de marzo de 2004. Expediente 481-E- “*Es así, que no puede en este aspecto, bajo ninguna circunstancia operar principios penales como el principio de legalidad e irretroactividad de las leyes penales, toda vez que tal como expuso en su momento el Tribunal de Núremberg, ‘el Tribunal no crea Derecho, sino que aplica un derecho ya existente y la máxima latina nullum crimen, nulla poena sine lege, expresaba un principio de justicia y sería más injusto que estas infracciones intencionadas contra los Convenios y estipulaciones internacionales quedaran sin castigo*”

la ocurrencia de los hechos, con fundamento en los principios generales del derecho internacional y en el derecho consuetudinario⁷⁷⁶. Esta alternativa ha sido defendida bajo la cláusula del inciso segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que define la garantía de legalidad⁷⁷⁷, según la cual “*Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”.

No obstante, en el estado actual del desarrollo del derecho penal internacional, no es posible sostener que los crímenes internacionales, y en particular los crímenes de lesa humanidad, puedan ser perseguidos por los órganos de justicia nacional sin que estén previstos en la legislación interna, apoyándose para efectos de la incriminación, en *los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional* o en la costumbre

alguno”. **Estonia:** Caso Kolk, Tallin Court of Appeal, sentencia de 27 de enero de 2004, y sentencia de la Corte Suprema del 21 de abril de 2004; *Caso Penart*, Corte Suprema, sentencia del 18 de diciembre de 2003. **Letonia:** *Caso Kononov*, Corte Suprema. Sentencia del 28 de septiembre de 2004. Francia, *Caso Federation Nacionales des Déportés et Internés Résistants et patriotes y otros contra Klaus Barbie*, Cámara de Casación, sentencia del 20 de diciembre de 1985, *Federation Nacionales Cámara de Casación*, sentencia de 20 de diciembre de 1985, *Federation Nacionales des Déportés et Internés Résistants et patriotes y otros contra Touvier*, Cámara de Casación, sentencia de 27 de noviembre de 1992, *Caso Popon, Cour d’Assise de la Gironde*, sentencia de 2 de abril de 1998. **Italia.** *Caso Hans y Priebke*, Suprema Corte de Casación, sentencia del 16 de noviembre de 1998 y Corte Militar de Apelación, sentencia de 7 de marzo de 1998. **Alemania:** Ver entre otros *Caso Streletz y Kessler*. Corte Constitucional Federal, sentencia de 24 de octubre de 1996. **Sri Lanka:** Tribunal de Apelación de Sri Lanka, sentencia de 28 de mayo de 1986, *Caso Ekanayake*. **Inglaterra:** R v R (1992) 1 A.C. 599, “*This is not the creation of a new offence, it is the removal of a common law fiction which has become anachronistic and offensive*. Ver, Richard Clayton et al, Fair Trial Rights, Oxford University Press, 2001. Pág. 72” (FORER Andreas, LÓPEZ Claudia. Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia. Embajada de la República Federal de Alemania en Bogotá, GTZ, p. 40).

⁷⁷⁶ “En el derecho penal internacional, también es un presupuesto de la punibilidad que en el momento de comisión del hecho se pueda constatar una norma escrita o no, que fundamente la punibilidad de la conducta. El principio de vinculación normativa (*nullum crimen sine lege*) también es válido como integrante del derecho internacional consuetudinario en el ámbito del derecho penal internacional. En particular, este principio exige la determinación de las normas del derecho penal internacional, aunque de una manera menos estricta que la exigida en el derecho continental europeo; también prohíbe una punición con efecto retroactivo y una punibilidad basada en la analogía. Los principios se refieren fundamentalmente, además de a la descripción de las conductas punibles, a sus consecuencias jurídicas (*nulla poena sine lege*) aunque de forma limitada en cuanto a su determinación: en el derecho penal internacional no se fijan marcos penales lo suficientemente estrictos como para satisfacer el sentido que, por ejemplo, el derecho penal alemán da al principio” (WERLE, G. Tratado...pp. 86 y 87).

⁷⁷⁷ “TPIY caso *Tadic*, Cámara de Apelación, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-AR72, párrafo 68, Tribunal de Nüremberg caso *Goring and others, caso Delalic et al*, Primera Instancia, IT-96-21, párrafo 313, sentencia de 16 de noviembre de 1998. TPIY *Caso Furundzija*, Primera Instancia, párrafo 177, sentencia de 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1”. ((FORER Andreas, LÓPEZ Claudia. Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia. Embajada de la República Federal de Alemania en Bogotá, GTZ, p. 40).

internacional. En primer lugar, porque la mencionada cláusula del PIDCP fue incluida “con el único objeto de superar las constantes críticas relacionados con los juzgamientos de los tribunales de post guerra, que no con la finalidad de que constituyera una fuente autónoma de crímenes internacionales”⁷⁷⁸. En segundo lugar, porque en el sistema normativo (Art. 29 C.P.) y la tradición jurídica colombiana rige el principio de legalidad *estricta*, que exige la existencia de ley *escrita, previa, y cierta* para las imputaciones penales, atributos que no concurren en *los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*, ni en la costumbre internacional. En tercer lugar, porque como expresión del principio de legalidad, rige en Colombia el de *reserva legal* de la ley penal, por lo que no pueden existir tipos penales de creación jurisprudencial.

El ECPI, al regular el principio de legalidad⁷⁷⁹, además de ubicarlo en la cúspide de los axiomas generales del derecho penal internacional, lo rodeó de las garantías universales adscritas al mismo. En tal sentido, dispuso que sólo se impondrá una pena, cuando la conducta en cuestión cumpla con los requisitos de algún tipo penal de los previstos en el artículo 5° del ECPI⁷⁸⁰; precisó que este principio prohíbe la analogía como fundamento de la pena⁷⁸¹; determinó como regla para una admisible interpretación de los crímenes internacionales que las definiciones allí previstas se interpreten en forma estricta⁷⁸²; extendió el principio de legalidad a las consecuencias jurídicas del delito (*nullum poena sine lege*)⁷⁸³; proscribió la retroactividad de la ley penal internacional; y admitió la favorabilidad en la interpretación de la ley⁷⁸⁴, y frente al tránsito normativo⁷⁸⁵.

⁷⁷⁸ Bold, Machtheld. Nullum Crimen Sine Lege and the subject matter jurisdiction of the International criminal Court. Intersentia. School of Human Rights Research. Citado por, FORER Andreas, López Claudia. Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia. Embajada de la República Federal de Alemania en Bogotá, GTZ, p. 45. Gil, Alicia, En AAVV. “*Justicia de Transición*”. Konrad Adenauer Stiftung y Georg – August - Universität – Göttingen. Uruguay. 2009, p. 483).

⁷⁷⁹ Estatuto de la Corte Penal Internacional. Artículos 22 a 24.

⁷⁸⁰ Artículo 22 lb.

⁷⁸¹ Artículo 22.2 lb.

⁷⁸² Artículo 23 lb.

⁷⁸³ El artículo 24 ECPI establece que: “*Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor*”. En tanto que el Art. 11.1 lb. prevé que *la Corte tendrá competencia únicamente respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto*”.

⁷⁸⁴ Artículo 22.2 ECPI.

⁷⁸⁵ Artículo 24.2 lb.

Esta consagración del principio de legalidad, que incorpora las principales garantías que le adscribe a este axioma, la cultura jurídico penal contemporánea, es una respuesta a muchos de los cuestionamientos que despertó la práctica de los tribunales *ad-hoc* establecidos para la investigación y juzgamiento de hechos anteriores a su creación. La cláusula del artículo 22.3 ECPI, según la cual “*Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto*”, mediante la cual se hace compatible el ECPI con otras fuentes del derecho internacional general como podría ser el derecho consuetudinario⁷⁸⁶, opera únicamente en el ámbito de la Corte Penal Internacional, tal como lo dejó establecido la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-578 de 2002, comoquiera que el tratamiento al principio de legalidad fue una de las diferencias que halló la Corte entre el sistema del Estatuto y el orden constitucional interno, y que la llevó a declarar la exequibilidad de la ley aprobatoria y del tratado, haciendo la advertencia de que autorizaba su aplicación en el ámbito de la jurisdicción internacional establecida en el instrumento.

La falta de implementación del Estatuto de Roma en el sistema nacional, en materia sustantiva, en particular en lo concerniente a la incorporación de los crímenes internacionales, y específicamente de los crímenes de lesa humanidad, ha llevado a la aplicación directa de las normas del ECPI que definen la competencia material de la Corte⁷⁸⁷, con base en la figura del bloque de constitucionalidad. Esta alternativa tampoco resulta admisible debido a que, de una parte, las normas que definen los crímenes de competencia de la CPI no son autoejecutables (*self-executing*), y tampoco se

⁷⁸⁶ Sobre el particular señala WERLE que “*el artículo 22.3 del Estatuto de la CPI deja claro que las declaraciones de punibilidad conforme al derecho consuetudinario, quedan intactas por las descripciones de los delitos que se realizan en el Estatuto*”. (WERLE, G. Tratado...p. 88).

⁷⁸⁷ En el auto de mayo 13 de 2010, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el *Caso César Pérez García*, al establecer el marco normativo del delito objeto de juzgamiento se transcriben los artículos 6° (Genocidio) y 7° (Crímenes de lesa humanidad) del ECPI, señaló: “Por lo anterior, es plausible que si bien es cierto, en cumplimiento del principio de legalidad se exige que para que una persona pueda ser juzgada por la comisión de un delito, este previamente debe encontrarse reglado en una norma en dicho sentido, no lo es menos que la normativa interna debe ajustarse a lo definido en los Tratados Internacionales y, en ese sentido, armonizarse con los mismos y con la Constitución; razón por la cual, es aceptable que se pueda predicar la aplicación del contenido de dichos instrumentos como fuente de derecho, en atención a la mora del legislador en acoplar las leyes a lo allí definido. Por esto, sería posible aplicar el contenido de un Tratado Internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad”. (Fol. 37).

puede sostener que las disposiciones de contenido punitivo o limitativo de derechos, contenidas en el ECPI, formen parte del bloque de constitucionalidad⁷⁸⁸.

2.2.4. Las normas que establecen delitos en el ECPI no son *auto-ejecutables* (Son normas *non self-executing*).

La necesidad de adecuación del ordenamiento estatal, mediante la configuración autónoma de tipos penales que recojan los comportamientos proscritos en el Estatuto, surge de la naturaleza *no auto-ejecutable* de las normas del Estatuto y particularmente de las que crean conductas delictivas. El carácter *auto-ejecutable* de una norma perteneciente a un tratado, radica en que una vez este adquiere el estatus de derecho interno, el precepto es capaz de crear derechos legales u obligaciones ejecutables directamente en los tribunales. La norma, por el contrario, carece de *auto-ejecutabilidad* cuando para solicitar directamente ante los tribunales, la ejecución de los derechos u obligaciones que de ella emanan, debe mediar una medida legislativa o ejecutiva, adicional a aquellas de aprobación y ratificación del instrumento⁷⁸⁹.

Partiendo del anterior concepto, para que una norma sea auto - ejecutable se requieren tres condiciones: *(ii)* debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión a favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla, en su caso, y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación. *(ii)* La regla debe ser lo suficientemente específica, como para que pueda ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a una medida legislativa o administrativa subsiguiente⁷⁹⁰. Adicionalmente, *(iii)* el carácter ejecutable de una disposición de un tratado depende, fundamentalmente, de la intención de las Partes Contratantes de conceder un derecho definido y

⁷⁸⁸ *Ibíd.* Fol. 37.

⁷⁸⁹ BUERGENTHAL, Thomas. Tratados auto-ejecutables y no auto-ejecutables en el derecho interno e internacional. Traducción de Carlos Armando Figueredo Planchat. Extracto del *Recueil des cours. Collected Courses*. Volumen 235 (1992. Tomo IV) Págs. 288-382.

⁷⁹⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Las normas internacionales auto-ejecutivas o ejecutables por sí mismas (*self-executing*). *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 25, 1988. (Citado por RODRÍGUEZ PINZÓN Diego, MARTÍN Claudia y OJEDA QUINTANA Tomás. *La dimensión internacional de los derechos humanos*. Washington: BID, American University, 1999, p.99).

exigible al individuo que solicita ante el juez la aplicación de esa norma en su favor⁷⁹¹.

En relación con el Estatuto de Roma, y en particular con sus artículos 5, 6, 7 y 8, encargados de enunciar con sus elementos esenciales, los crímenes de competencia de la Corte, no se cumplen las condiciones que permitan predicar su *auto-ejecutabilidad*. De una parte, no se trata de disposiciones que creen derechos o pretensiones a favor de los individuos, y que los legitimen para invocarlas ante los tribunales nacionales. La naturaleza descriptiva y prohibitiva de estos mandatos, los sustrae de la finalidad que subyace en el planteamiento de la *auto-ejecutabilidad* de las normas de los tratados internacionales, inspirado este en el propósito de afirmación, en el plano nacional, de unos derechos respecto de los cuales el Estado ha adquirido compromisos internacionales. Las normas del ECPI que describen los crímenes internacionales, constituyen mandatos prohibitivos, estatuidos para ser aplicados en el ámbito del tribunal internacional y bajo las reglas de punibilidad contempladas en el propio estatuto⁷⁹². Por tratarse de preceptos establecidos para ser aplicados en ese escenario, en el contexto de un sistema de justicia que privilegia los poderes discrecionales de la Corte, y está basado en un principio de legalidad amplio, propio del derecho internacional,⁷⁹³ la norma de conducta, no aparece complementada por la

⁷⁹¹ *Ibíd.*

⁷⁹² El modelo acogido por el Estatuto para la configuración de la norma penal, a diferencia de lo que impera en los derechos nacionales, fue el de describir las conductas (Artículos 6, 7 y 8 del Estatuto y Elementos de los crímenes) sin asignar una punibilidad específica a cada una de ellas, y establecer un marco general dentro del cual la Corte administre su poder discrecional. En este sentido, el artículo 77 ER hace referencia a las penas aplicables estatuyendo que *“La Corte podrá (...) imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2 Además de la reclusión la Corte podrá imponer: a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Pruebas; b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”*.

⁷⁹³ Históricamente el derecho penal estatal ha construido el concepto de legalidad desde una perspectiva formal, es decir, con referencia a un acto normativo expedido por el órgano dotado con poderes legislativos (Congreso, Parlamento o Asamblea), esto es, a partir de una fuente de producción normativa centralizada. Por el contrario, la legalidad internacional se concibe con referencia a todas las fuentes del derecho público, conformadas de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Convenciones internacionales; la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. En este ámbito la costumbre y los tratados internacionales gozan de la misma fuerza vinculante frente a los sujetos de derecho internacional (Estados, organizaciones internacionales, individuos), y se ubican en el mismo nivel jerárquico; una y otros son considerados

norma de sanción específica, lo cual obstaculizaría su aplicación en un sistema penal regido por el principio de legalidad estricta.

La obligación de derecho internacional que surge del Tratado de Roma para los Estados Partes, no radica en traer directamente al plano de su derecho interno los preceptos del Estatuto que tipifican los crímenes internacionales, sino en “*adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional*” (Preámbulo ECPI), para asegurar que esos actos sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia. Una de las medidas que debe adoptar el Estado colombiano en el plano nacional, es la de crear, a través de su procedimiento democrático, los tipos penales que concilien sus requerimientos internos de política criminal, con las exigencias que impone el principio de complementariedad, que rige las relaciones entre la jurisdicción penal internacional y la estatal.

Dicha medida legislativa constituye, adicionalmente, una exigencia del ejercicio del *ius puniendi* en los Estados democráticos, los cuales deben respetar las garantías propias del Estado de Derecho, en particular, las que se derivan del principio de legalidad. Conforme a esta garantía, se deben respetar los límites derivados de su dimensión formal y sustancial. Respecto de la primera, solo es posible establecer delitos y penas con base en disposiciones dotadas de rango legal, creadas con antelación al hecho objeto de enjuiciamiento; y en cuanto a lo segundo, estas deben satisfacer las exigencias de determinación y certeza, referidas a la conducta y a la pena, que demandan las proposiciones jurídico – penales.

Adicionalmente, la protección de los derechos de las víctimas, aspecto que también constituye un propósito nuclear del sistema de justicia previsto en el Estatuto de la CPI, tiene mejores posibilidades de realización, dentro de un proceso blindado por la legitimidad.

manifestaciones de la voluntad soberana, tácita y expresa, de los Estados. La legalidad internacional está conformada así mismo, por los principios generales del derecho, comunes a diversos ordenamientos jurídicos nacionales.

2.2.5. Las normas del ECPI que tipifican delitos, no hacen parte del bloque de constitucionalidad⁷⁹⁴.

Otra técnica a la que frecuentemente se acude⁷⁹⁵ para fundamentar una recepción directa de normas punitivas internacionales por el derecho nacional, es la figura del bloque de constitucionalidad.

A la luz de los principios y fines que orientan el *ius puniendi estatal*, así como de los elementos que concurren a configurar la técnica del bloque de constitucionalidad, resulta insostenible la idea de que el legislador estatal pueda ser relevado de su deber de tipificación de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, mediante la posibilidad de una aplicación automática de las normas sustantivas del Estatuto, con apoyo en la teoría del bloque de constitucionalidad.

El anterior punto de vista se fundamenta en que no concurren los presupuestos para que, de conformidad con esta técnica, se autorice el ingreso automático de las normas del Estatuto que describen delitos, al denominado bloque de constitucionalidad. Sobre el particular, cabe precisar que los artículos 93 y 94 de la constitución colombiana, constituyen las cláusulas sobre las cuales se ha construido la técnica del bloque de constitucionalidad, con el claro propósito de proponer, ya sea por vía de integración normativa o por vía interpretativa, una visión de apertura del catálogo, o del alcance de los derechos fundamentales.

En efecto, sobre la forma de incorporación de las normas de los tratados al bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia constitucional ha señalado dos vías⁷⁹⁶: (i) La “*integración normativa*” en virtud de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 93 de la

⁷⁹⁴ Responde al intento de sistematizar jurídicamente el fenómeno presente en algunos ordenamientos jurídicos consistente en que “*existen derechos o principios que no se encuentran directamente en el texto constitucional, pero que por expreso mandato constitucional tienen rango constitucional*” En virtud de este fenómeno las normas con fuerza constitucional en sentido material, son más numerosas que aquellas que formalmente integran la constitución. (UPRIMNY, Rodrigo. Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. En reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, 2004. p. 28,29.

⁷⁹⁵ Corte Suprema de Justicia

⁷⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-488 del 22 de julio de 2009.

Constitución⁷⁹⁷. Para ello se requiere que un tratado ratificado por el Estado colombiano reconozca derechos humanos cuya limitación esté prohibida en los estados de excepción⁷⁹⁸. Desde esta perspectiva su incorporación es *directa* y puede comprender incluso derechos que no estén reconocidos en forma expresa en la Carta⁷⁹⁹; y (ii) como “*referente interpretativo*”, el cual opera al amparo del inciso segundo del artículo 93 de la Carta⁸⁰⁰. En este último sentido la jurisprudencia ha reconocido que algunos tratados de derechos humanos cuya limitación no está prohibida en los estados de excepción, también hacen parte del bloque de constitucionalidad, aunque por una vía de incorporación diferente; es decir, no como referentes normativos directos sino “*como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna*”⁸⁰¹.

Así, de acuerdo con el artículo 93, el texto constitucional permite introducir, proteger y aplicar, en el ordenamiento estatal, derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos; y de conformidad con el 94 se acoge la cláusula de *derechos innominados*, en virtud de la cual se da cabida a la creación judicial de derechos. La interpretación jurisprudencial de una y otra cláusula, ha dado pie a afirmar el carácter abierto y mutante de la noción de derechos fundamentales⁸⁰², la cual

⁷⁹⁷ “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. (Art.93-1 CP).

⁷⁹⁸ Los principales derechos que no pueden suspenderse en los estados de excepción se consagran en el artículo 4º de la Ley 137 de 1994 (estatutaria de los estados de excepción), el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷⁹⁹ En este punto conviene precisar que por mandato del artículo 214.2 de la Constitución, se incluyen las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario (C-225 de 1995 y C-291 de 2007), y que de conformidad con los artículos 44 y 53 de la Carta se autoriza la inclusión en este bloque de tratados relativos a temas específicos, como los derechos de los niños y los derechos laborales.

⁸⁰⁰ “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. (Art.93-2 CP).

⁸⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia C-067 del 4 de febrero de 2003.

⁸⁰² (...) La Constitución no define qué se entiende como derechos fundamentales y, por otro lado, autoriza reconocer como tales, derechos no positivizados. A partir de dicho análisis es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho

se encuentra ligada a la proximidad del derecho subjetivo de que se trate, al principio de dignidad humana, y a los consensos sociales en torno a la naturaleza fundamental de ciertos derechos constitucionales.⁸⁰³

De modo que para que las disposiciones convencionales se consideren incorporadas al bloque de constitucionalidad, deben reconocer un derecho humano, por lo que tal como lo ha señalado de manera reiterada el tribunal constitucional colombiano, no podrían concurrir a integrar este bloque normativo tratados internacionales relativos a cooperación internacional, comercio internacional, integración económica, entre otros⁸⁰⁴.

La valoración acerca de la naturaleza del Estatuto de Roma en el marco de la teoría del bloque de constitucionalidad, debe partir de una consideración insoslayable. Se trata de una normatividad de contenido *punitivo* que como tal, cumple las funciones implícitas en este tipo de regulaciones: limitar y contener el poder de la jurisdicción punitiva y establecer un canal de acceso para la satisfacción de los derechos de las víctimas. En esta normatividad subyace la paradoja que caracteriza el derecho penal nacional o internacional, la restricción de derechos, en procura de la protección de derechos.

De esta manera, si bien puede afirmarse, que el Estatuto de Roma incorpora una finalidad de protección de bienes jurídicos de particular jerarquía, en torno a los cuales gira un sólido consenso de la comunidad internacional, su objetivo central no es el reconocimiento de derechos fundamentales, sino su restricción, con miras a la aludida protección. La norma penal internacional cumple un cometido *de límite* en la restricción de derechos fundamentales, particularmente el de libertad, y no puede asimilarse a los tratados de derechos humanos que se caracterizan por consagrar ciertas prestaciones o

subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica). (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-227 de 2003)

⁸⁰³ “La existencia de consensos (...) en torno a la naturaleza fundamental de un derecho constitucional implica que *prima facie* dicho derecho se estime fundamental en sí mismo. Ello se explica por cuanto los consensos se apoyan en una concepción común de los valores fundantes de la sociedad y el sistema jurídico. Así, existe un consenso sobre el carácter fundamental del derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad. Los consensos sobre la naturaleza fundamental de estos derechos claramente se explica por la imperiosa necesidad de proteger tales derechos a fin de que se pueda calificar de democracia constitucional y de Estado social de derecho el modelo colombiano. No sobra indicar que, en la actual concepción de dignidad humana, estos derechos son requisitos *sine qua non* para predicar el respeto por dicho valor” (Ibídem).

⁸⁰⁴ Al respecto, entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-179 de 1994; C-225 de 1995; C-578 de 1995; C-327 de 1997.

abstenciones que convocan un claro consenso social, acerca de su importancia y de la necesidad de su progresiva ampliación, en procura de unos mayores estándares de libertad y de bienestar.

El concepto de protección expansiva de derechos, propio del bloque de constitucionalidad, no se puede trasladar sin una debida decantación al derecho punitivo internacional, sin caer en el riesgo de desvirtuar la función limitadora y de contención de la potestad punitiva, que cumple la norma penal.

En el contexto normativo internacional, el Estatuto de Roma forma parte del derecho penal internacional y en tal carácter, su misión protectora tiene la complejidad propia del derecho punitivo. Desde esta perspectiva, la norma penal no solamente tutela los bienes jurídicos de las víctimas de los delitos, sino que también, como función constitutiva, despliega una finalidad de protección de los infractores frente a las reacciones desproporcionadas e ilimitadas de la potestad punitiva.

La Corte Constitucional colombiana ha sido cautelosa al respecto, y no se ha pronunciado sobre la pertenencia, en general, de las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional al bloque de constitucionalidad⁸⁰⁵. Sin embargo, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley aprobatoria del Tratado de Roma y siguiendo en ello el contenido del acto legislativo de incorporación, además de identificar algunos preceptos que solo podrían producir efectos en el ámbito de la jurisdicción complementaria de la CPI, comoquiera que presentaban tratamientos distintos a los previstos en la Constitución, advirtió que *“como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en el ejercicio de las competencias*

⁸⁰⁵ Dentro del trámite del control de constitucionalidad del tratado y de su ley aprobatoria (742 de 2002), que dio lugar a la sentencia C-578 del 30 de julio de 2002, el Procurador General de la Nación incluyó en su concepto una postura sobre la jerarquía normativa del tratado en el orden interno, mostrándose en contra de la tesis de la integración del tratado al bloque de constitucionalidad. Al respecto señaló: En efecto, 1) el tratado no corresponde a un reconocimiento de derechos humanos, es un mecanismo de represión que busca el castigo efectivo de quienes han violado derechos humanos, y 2) debido a los efectos circunscritos exclusivamente al estatuto – de acuerdo al acto legislativo – el estatuto no puede ser fuente de interpretación para los jueces colombianos, cuando estos ejercen la jurisdicción constitucional”.

*nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia*⁸⁰⁶.

De conformidad con este pronunciamiento, las normas del Estatuto no fueron incorporadas con carácter vinculante en el orden normativo interno y menos con el estatus de norma constitucional. Si bien, forman parte de la ley aprobatoria del tratado, su ámbito de aplicación quedó perfectamente definido en el pronunciamiento mencionado: la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional y la cooperación estatal.

De otra parte, de conformidad con la teoría del bloque de constitucionalidad, la incorporación de normas convencionales a ese bloque normativo, requiere de la existencia de una cláusula de reenvío, que le de fundamento expreso a esa incorporación y que habilite al juez constitucional para adoptar como parámetro de control de constitucional sobre las leyes, una norma que formalmente no se encuentra incluida en el texto constitucional. El Estatuto de Roma de la CPI fue incorporado en Colombia mediante un procedimiento complejo, por cuanto fue necesario modificar previamente la Constitución⁸⁰⁷, a efecto de sortear las antinomias, contradicciones o *“tratamientos diferentes”* que sobre materias sustanciales se presentaban entre el tratado y la constitución. El texto adicionado al artículo 93 de la Constitución, mediante el acto legislativo 02/2011, autoriza al Estado colombiano para reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en el Estatuto de Roma, y para ratificar el tratado conforme al procedimiento establecido en la Constitución.

Sin embargo, el mismo acto reformatorio hace claridad en el sentido que *“la admisión de un tratamiento diferente 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”*, es decir, la

⁸⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. Fundamento jurídico 4.16.

⁸⁰⁷ De acuerdo con la Constitución colombiana, el procedimiento ordinario para la incorporación de normas convencionales debe cumplir varias etapas. Corresponde al Presidente celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a aprobación del Congreso de la República (Art. 189.2), éste mediante ley, debe aprobarlos o improbarlos (Art. 150.16 C.P.), y la Corte Constitucional decidirá definitivamente sobre la aprobación o improbación del tratado y de la ley aprobatoria (Art. 241.10). La incorporación del tratado de Roma de la CPI se produjo mediante el Acto Legislativo No. 01 de 2001 que modificó, adicionándolo, el artículo 93 de la Constitución, y la Ley 742 de 2002 mediante la cual se agotó el procedimiento ordinario establecido para la aprobación de un tratado.

jurisdicción complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional. Esta cláusula, según la interpretación auténtica efectuada por el tribunal constitucional, no comporta un menoscabo del *“alcance de las garantías establecidas en la constitución respecto del ejercicio de las competencias propias de las autoridades nacionales. Así, la declaración de exequibilidad de las disposiciones del Estatuto de Roma que contienen tales tratamientos diferentes, no autoriza ni obliga, por ejemplo, a los jueces nacionales a imponer la pena de prisión perpetua ni al legislador colombiano a establecer la imprescriptibilidad de las penas”*⁸⁰⁸.

En ejercicio del control de constitucionalidad, el tribunal constitucional encontró que algunas disposiciones del tratado establecen *“tratamientos diferentes”* a los previstos en el ordenamiento constitucional⁸⁰⁹. Estos fueron expresamente autorizados por el acto legislativo No. 2 de 2001, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: (i) que se trate de materias sustanciales con respecto a garantías contenidas en la Constitución; y (ii) que surtan sus efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el Estatuto. El ámbito del Estatuto de Roma se limita, según las conclusiones finales de la Corte *“exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con esta.”* En consecuencia, *“el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias, dentro del territorio de la República de Colombia”*⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002, fundamento jurídico VI.

⁸⁰⁹ De acuerdo con la sentencia C-578 de 2002, las materias relativas a “tratamientos diferentes” que trae el Estatuto en relación con el texto constitucional colombiano, y que surtirían efectos únicamente en el ámbito de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional son: (i) Los artículos 6, 7 y 8 que definen las categorías de crímenes de competencia de la CPI; (ii) el artículo 27 que regula la improcedencia del cargo oficial como excusa para sustraerse del juzgamiento de la CPI; (iii) El artículos 28 sobre la responsabilidad de jefes militares, ya sea de un ejército regular o de un grupo armado irregular, por crímenes de competencia de la Corte, cometidos por fuerzas bajo su mando; (iv) El artículo 29 del Estatuto que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional; (v) el numeral 1º literal c) del artículo 31 sobre la causal de justificación de la legítima defensa de la propiedad en caso de crímenes de guerra; (vi) El artículo 77.1,literal b) que autoriza la pena de reclusión a perpetuidad; (vii) los artículos 61, párrafo 2, literal b), y 67. párrafo 1 literal d) sobre la posibilidad de que la CPI determine si es en interés de la justicia que una persona investigada o enjuiciada esté representada por un abogado.

⁸¹⁰ *Ibidem*.

Algunas de las disposiciones del tratado en las que se detectaron “tratamientos diferentes” entre el articulado del instrumento internacional y el texto constitucional, y que por ende solo pueden surtir sus efectos dentro del ámbito de la jurisdicción complementaria de la CPI, fueron justamente los artículos 6, 7, y 8 encargados de tipificar los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. Al respecto indicó el juez constitucional: *“Los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma describen tres de las categorías de crímenes internacionales sobre las cuales la Corte Penal Internacional podrá ejercer su competencia: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Tales descripciones denotan un grado de precisión, certeza y claridad aceptado en el derecho penal internacional que resulta menos estricto que el exigido en nuestro ordenamiento interno. Este tratamiento diferente del principio de legalidad que hace el Estatuto de Roma ha sido autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001”, siempre y cuando “surtan efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el Estatuto”.*

De las anteriores referencias jurisprudenciales, se deduce que en lugar de contar con una cláusula constitucional de reenvío, que autorice la incorporación automática de los tipos penales previstos en el Estatuto al derecho penal interno, por vía de la teoría del bloque de constitucionalidad, lo que se observa es una cláusula explícita de exclusión de esa posibilidad. Esto por cuanto se trata de una de las materias sustanciales que afecta garantías constitucionales, como el principio de legalidad estricta, y cuya exequibilidad se produjo bajo la advertencia de que se surtieran sus efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el Estatuto, la cual se *“limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con esta”*⁸¹¹.

La imposibilidad de afirmar un ingreso automático de los tipos penales contemplados en el Estatuto de Roma al derecho punitivo nacional, en el caso colombiano, corrobora la necesidad de adecuación del ordenamiento normativo estatal, en lo que hemos denominado la dimensión sustantiva de la cooperación, a efecto de contar con el marco normativo que le permita al Estado ejercer, en relación con estos delitos, la jurisdicción preferente que el modelo de la complementariedad establece en su favor.

⁸¹¹ *Ibíd.*

La exigencia de implementación sustantiva del Tratado de Roma en materia de tipificación de crímenes internacionales en el sistema jurídico nacional, es una exigencia derivada de: *(i)* del principio de legalidad de los delitos y de las penas, el cual demanda la creación de normas completas mediante la intervención del órgano democrático; *(ii)* del carácter no autoejecutable de las disposiciones del tratado que contienen la competencia material de la CPI, lo que impide su aplicación directa por los jueces nacionales en el ejercicio de la jurisdicción preferente que les reconoce el tratado; *(iii)* de la imposibilidad de efectuar su aplicación invocando la técnica del bloque de constitucionalidad, dada la naturaleza punitiva y limitativa de derechos de las normas que configuran los crímenes internacionales en el ECPI.

2.2.6. La creación de categorías de imputación de responsabilidad penal individual en contextos de actuación colectiva. Énfasis en las formas de intervención criminal

Para enfrentar el problema de la determinación de responsabilidad individual en eventos de concurrencia de personas en el delito, el sistema legal colombiano contempla las figuras de la autoría (directa y mediata), la coautoría y la participación mediante la determinación a otro a realizar la conducta antijurídica, o la contribución a su realización⁸¹². Estas formas de intervención en el delito, tradicionalmente concebidas para resolver casos aislados de violencia, han tenido que ser reorientadas por la jurisprudencia, con el propósito de ajustar su comprensión a las necesidades que plantea la resolución de casos insertos en contextos de grave criminalidad, o criminalidad de sistema, y específicamente, la deducción de responsabilidades individuales en estas situaciones.

Los desarrollos teóricos en la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, sobre los alcances, las especificidades y los rendimientos sistémicos y político criminales, de estas formas de intervención en el delito son profusos y de gran relevancia en la teoría jurídico penal. Sin embargo, lo que interesa destacar en este estudio es el diálogo fructífero que en esta materia se ha desarrollado entre el derecho penal nacional y el derecho penal internacional, con miras a la consolidación de unos mecanismos de

⁸¹² Código Penal. Artículos 29 y 30.

imputación de responsabilidad individual en contextos de actuación colectiva, y particularmente en crímenes de organización, a partir del desarrollo formas de intervención criminal adecuadas a estas modalidades delictivas.

Colombia no ha sido ajena a esta interacción entre el derecho penal estatal y el derecho penal internacional. En este sentido, la jurisprudencia nacional ha aplicado a delitos cometidos en contextos de actuación colectiva, las categorías de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, la responsabilidad por omisión de los jefes militares y la empresa criminal conjunta (Supra Cap. I 2.3.2.1.).

2.2.6.1. La Corte Suprema de Justicia (CSJ) de Colombia, acogió plenamente la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder⁸¹³, a efectos de determinar la responsabilidad penal de todos aquellos que organizaron, dirigieron y financiaron los grupos paramilitares en Colombia. En la sentencia del 23 de febrero de 2010, en el asunto del ex congresista Álvaro García Romero, la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

“Ciertamente cuando se está ante el fenómeno delincencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados⁸¹⁴, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes – gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada – comandantes, jefes de grupo- a título de coautores, y a los directos ejecutores o subordinados – soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros, o milicianos-, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que implique la impunidad”.⁸¹⁵

Esta tesis fue reiterada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en otras decisiones⁸¹⁶ en las que consideró que los grupos

⁸¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 38.805, caso Álvaro García Romero, sentencia del 23 de febrero de 2010.

⁸¹⁴ También referenciada como “el dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder”, “autoría a través del poder de mando” y “autoría por dominio de la organización”, entre otros.

⁸¹⁵ Con fundamento en esta teoría el ex congresista Álvaro García Romero fue declarado penalmente responsable como autor del delito de concierto para delinquir agravado; autor mediato de varios homicidios agravados acaecidos en la “masacre de Macayepo”; determinador de un delito de peculado; y determinador de un homicidio simple.

⁸¹⁶ Proceso No. 34653, caso *Rubén Darío Quintero*, sentencia de 27 de septiembre de 2010; Proceso No. 28835, caso *Miguel Ángel Rangel Sosa*, sentencia de 15 de septiembre de 2010; Proceso No. 26585, caso *Humberto de Jesús Builes Correa*, sentencia del 17 de agosto de 2010; Proceso No.

paramilitares que operaban en Colombia, cumplen las condiciones de una organización criminal, cuyo accionar los ubica dentro de los clásicos aparatos organizados de poder⁸¹⁷.

En estas sentencias, se pone de manifiesto el diálogo que se ha suscitado entre los jueces nacionales, los tribunales internacionales, y el derecho comparado, en la construcción del derecho penal internacional, y particularmente en la concepción de la autoría y la participación frente al fenómeno de la macro criminalidad. En efecto, en las mencionadas sentencias, la CSJ apoya su construcción teórica en los asuntos “Lubanga” y “Katanga” de la CPI, así como en los casos “Fujimori” y “Sendero Luminoso” de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

De las anteriores referencias jurisprudenciales, es posible colegir que en Colombia la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, con el alcance que le ha dado la interpretación autorizada de la CSJ, constituye una herramienta útil para imputar responsabilidad penal individual en contextos de actuación colectiva, especialmente a los dirigentes civiles y militares de organizaciones legales e ilegales, en crímenes de genocidio, graves violaciones a los derechos humanos (crímenes de lesa humanidad). y al derecho internacional humanitario (crímenes de guerra).

Sin embargo, en esta materia la necesidad de implementación sustantiva del derecho penal internacional en el derecho estatal, con miras a su adecuación, resultaría relevante para evitar discusiones válidas, desde un punto de vista estrictamente dogmático, acerca de si esta forma de autoría, tiene cabida en

29200, caso *Jesús Castro Pacheco*, sentencia del 12 de mayo de 2010. Proceso No. 32712, caso *Hernando Molina Araújo*, sentencia del 5 de mayo de 2010. Proceso No. 27032, caso *Álvaro Araújo Castro*, sentencia del 18 de marzo de 2010. Proceso No. 27941, caso *Gonzalo García Angarita*, sentencia de 14 de diciembre de 2009.

⁸¹⁷ Al respecto señaló la Corte Suprema que: “En la estructura de los grupos paramilitares se ha constatado que se dan los siguientes elementos: 1. Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal, las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener cierta predisposición a la comisión de delitos; //2. Control (dominio) de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de la organización, el no control del mismo, pudiendo hacerlo dada su posición, o través del impulso sostenido de ésta con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del hombre del atrás, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos; y, // 3. Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales”. (Ibidem).

la fórmula del artículo 29 del Cod. Penal, toda vez que este establece que es autor quien actúa por sí mismo ó “utilizando a otro como instrumento”. Bajo esta fórmula se incluirían solamente las formas tradicionales de autoría mediata (la coacción ajena y el engaño), en las que el autor material no responde, y no la fórmula desarrollada por Roxin, conforme a la cual en la autoría mediata en estructuras organizadas de poder, el autor material es plenamente responsable.

Aunque en Colombia esta última teoría ya cuenta con un importante respaldo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reseñada, y en la doctrina especializada⁸¹⁸, la adecuación de la norma interna al alcance que le imprime el artículo 25.3 (a) a la autoría mediata “*por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable*”, resulta importante toda vez que generaría un mayor grado de confianza y generalidad, en su aplicación.

Es necesario subrayar, como también lo anota Ramelli Arteaga,⁸¹⁹ que la autoría mediata no es la única forma de intervención penal aplicable en estos contextos, comoquiera que del artículo 29 Cod. Penal surgen otras figuras clásicas que pueden ser exploradas como la coautoría, la instigación y la

⁸¹⁸ Claudia López Díaz ha sostenido al respecto: “g) Con base en la Ley 599 de 2000, la responsabilidad de las estructuras paramilitares o guerrilleras colombianas obliga a una nueva interpretación del concepto de autor contenido en su artículo 29, para dar paso a la adopción de la figura de la autoría mediata con instrumento responsable, es decir, lo que la doctrina ha denominado “autor tras el autor”. Por eso, reiteramos, este artículo permite aplicar la autoría mediata con instrumento responsable; para tal efecto, sólo requiere una nueva interpretación ampliada conforme a las características de la delincuencia organizada actual, en la que se encuentran, entre otras, las estructuras de los grupos armados organizados al margen de la ley en Colombia”. (López, Díaz, Claudia. El caso Colombia, En: AMBOS, Kai. Imputación de Crímenes Internacionales del subordinado a los dirigentes. Bogotá: GTZ, Embajada de Alemania, Temis, entre otras; 2008, p. 186).

Para Alejandro Aponte Cardona, los problemas dogmáticos que presenta la aplicación de la figura en Colombia se resuelve a partir del requisito de la *fungibilidad* de los actores materiales y consideraciones de política criminal: “*Se trata de casos de fungibilidad pura y la decisión de persecución tiene lugar más en el ámbito político criminal: no se trata de “perdonar” autores materiales responsables, sino de sancionar con el mayor rigor y teniendo en cuenta la limitación de los recursos, a los mayores responsables; al superior jerárquico, (...) son disyuntivas casi morales frente a hechos sin soluciones únicas(...).*” (Persecución Penal de Crímenes Internacionales. Bogotá: Javeriana- KAS 2011, .p 240 y ss.). Por su parte Alejandro Ramelli, ha consentido en que la autoría mediata en aparatos organizados de poder constituye una herramienta más para investigar crímenes internacionales en el caso colombiano. No obstante, ha alertado en el sentido que “al momento de trasladar y aplicar la figura de la autoría mediata por aparatos organizados de poder a Colombia será necesario tener ciertas precauciones, en especial, en función de la clase de organización cuyos integrantes sean investigados” (Op. cit. p.477).

⁸¹⁹ RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia. Bogotá: GIZ- Uniandes- Embajada de la R, F. de Alemania, 2011, p.476.

determinación. Es necesario indagar, así mismo, respecto de otras figuras provenientes del derecho internacional, como la empresa criminal conjunta, y la responsabilidad de los superiores por omisión en el control e investigación de sus subordinados (Art. 28 ECPI).

2.2.6.2. La empresa criminal conjunta, como se indicó en este trabajo en aparte anterior (*supra* Cap. I, 2.3.2.1), ha sido de gran utilidad en los tribunales *ad hoc*⁸²⁰ para lograr vincular a un desarrollo sistemático, el aspecto colectivo de los crímenes atroces, y efectuar imputaciones a personas respecto de las cuales la evidencia sobre autoría material u órdenes directas, resultaba insuficiente. Esta modalidad de intervención ha resultado valiosa cuando se presenta un concurso de voluntades y acciones de múltiples personas ubicadas en diversos niveles jerárquicos, quienes realizan aportes de variable intensidad para la consecución del propósito ilícito. La dificultad de identificar en esa concurrencia de niveles jerárquicos y competencias en pugna, quién tenía el *dominio del hecho*, ha conducido a que la teoría de *la empresa criminal conjunta* preste un mejor servicio que la teoría de la autoría mediata⁸²¹.

No obstante, en el caso colombiano, la aplicación de esta forma de intervención en el crimen resulta problemática, comoquiera que no cuenta con una consagración explícita en el sistema jurídico estatal, ni está precedida de una tradición jurídica propia, toda vez que tiene su fuente en el derecho internacional consuetudinario. Su aplicación demandaría intervención legislativa⁸²², teniendo claridad que constituye una forma de intervención criminal, y no se puede confundir con descripciones típicas como por ejemplo el concierto para delinquir. Pues tal como lo pone de presente Werle, citando el caso *Stakic*⁸²³, *“la categoría legal de empresa criminal conjunta es sólo una de las formas de responsabilidad a título de coautoría. No obstante, el*

⁸²⁰ Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia (TPIY), Sala de Apelaciones, caso *“Fiscal v. Dusko Tadic”*. Sentencia de 15 de julio de 1999. TPIY, Sala de Apelaciones, caso *“Fiscal v. Mitar Vasikjevic”*. Sentencia de 25 de febrero de 2004. TPIY, Sala de Apelaciones, caso *“Fiscal v. Radoslav Brdanin”*. Sentencia del 3 de abril de 2007. TPIY, Sala de Primera Instancia

⁸²¹ TPIY, Sala de “Primera Instancia, caso *Fiscal v. Milan Milutinovic y otros*”, sentencia del 26 de febrero de 2009.

⁸²² En este sentido también RAMELLI ARTEAGA quien señala que “la aplicación de la empresa criminal conjunta en Colombia tendría que pasar necesariamente por un debate legislativo para una reforma del Código Penal. (...) esta forma de responsabilidad, aplicada por tribunales internacionales, no corresponde al delito de concierto para delinquir.” (Op. cit, p-536).

⁸²³ TPY. Caso *Stakic*, sentencia del 31 de julio de 2003. Pará. 436.

*Tribunal añadió que debe llevarse a cabo una interpretación de su Estatuto más literal y más orientada a los sistemas legales nacionales, debido al peligro de que la empresa criminal conjunta sea incorrectamente entendida como un nuevo tipo delictivo*⁸²⁴

2.2.6.3. En cuanto a la figura de la responsabilidad penal de los superiores, militares o civiles, por omisión en el control e investigación de sus subordinados, prevista en el artículo 28 ECPI, consideramos que también debe ser objeto de implementación en el orden jurídico estatal colombiano. Esta norma no puede ser objeto de aplicación directa en el derecho nacional, de acuerdo con las precisiones que se insertan a continuación.

En lo concerniente a la responsabilidad por omisión de los jefes civiles por los actos de sus subordinados, no existe ninguna duda sobre la imposibilidad de una aplicación directa, por los jueces nacionales, del artículo 28 ECPI. Esta específica materia fue incluida por la Corte en el catálogo de *tratamientos diferentes* a lo previsto en la Constitución (C-578 de 2002), por lo que es un asunto que solo tendría, conforme a ese pronunciamiento, aplicación en el ámbito del ejercicio de la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional.

Distinta es la valoración sobre la posibilidad de aplicar directamente el artículo 28 ECPI, respecto de la responsabilidad por omisión de los jefes militares - oficiales o *de facto*-, comoquiera que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la aplicabilidad de esta figura en el sistema penal colombiano. En efecto, en la sentencia SU-1184 de 2001, dicha corporación aplicó la teoría de la posición de garante, referida a la fuerza pública, al estudiar el alcance del fuero militar en materia de graves violaciones a derechos humanos.

La aceptación de esta teoría en el derecho nacional se fundamentó en una interpretación de los artículos 2º, 209 y 217 de la Constitución Política, de los cuales se dedujo la posición de garante que tienen tanto la Fuerza Pública como la Policía Nacional, derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho, en particular, la de garantizar el orden constitucional, *“la cual no se limita a preservar la estructura*

⁸²⁴ WERLE, Tratado, p. 217.

*democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (C.P. art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados.*⁸²⁵

Adicionalmente, en la sentencia C- 578 de 2002, luego de citar el precedente mencionado con antelación, se consignó que: *“La anterior cita de la jurisprudencia constitucional nacional muestra cómo en Colombia la responsabilidad del jefe o superior tiene cabida respecto del jefe militar, oficial o de facto”*.

Estos pronunciamientos de la Corte Constitucional han llevado a algunos analistas a sostener que el artículo 28 ECPI, en lo concerniente a la responsabilidad de los jefes militares, puede ser aplicado directamente por tratarse de una norma *self-executing*, en tanto establece de manera clara y expresa un título de imputación penal, y está redactado de una manera tan completa que no precisa de la adopción de una ley interna que lo desarrolle⁸²⁶.

Consideramos que en efecto, en Colombia es posible aplicar la figura de la responsabilidad por omisión de los jefes militares, tal como lo dejó establecido la Corte Constitucional en la sentencia SU-1184 de 2001 y lo ratificó con apoyo en ésta, y no en el artículo 28 del ECPI, en la sentencia C- 578 de 2002. Esta aplicación tiene su fundamento en la interpretación autorizada del tribunal constitucional, vertida en la sentencia SU-1184/01, respecto de los artículos 217, 209 y 2° de la Constitución; así como en la doctrina de la obligatoriedad del precedente constitucional. La tesis de aplicación directa por los jueces nacionales del artículo 28 ECPI, es descartada por la propia Corte Constitucional en la sentencia C- 578 de 2002, al precisar las relaciones entre el Estatuto y el ordenamiento interno, e indicar que *“las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional”*.

Los anteriores razonamientos llevan a concluir la necesidad de promover la implementación legislativa del Tratado de Roma, en su dimensión sustantiva, respecto del artículo 28 ECPI, a efecto de introducirlo en el sistema legal

⁸²⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001. Fundamento jurídico 17.

⁸²⁶ RAMELLI, A., op. cit, p. 581.

nacional, lo cual solo será posible en lo concerniente a la responsabilidad por omisión de los jefes militares, conforme al pronunciamiento de la Corte constitucional consignado en la sentencia C-578/02.

2.2.7. La incorporación o ampliación del principio de jurisdicción universal

En materia de validez temporal y espacial de la ley, históricamente en Colombia ha prevalecido el estatuto territorial, aunque coexiste con los estatutos, real o de defensa, el personal y el universal. En este sentido, el artículo 14 del Código Penal, establece que *“La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional”*, y el artículo 15 *Ibídem*, contempla el principio de territorialidad extensiva⁸²⁷.

El artículo 16 del Cod. Penal establece algunos supuestos de extraterritorialidad relacionados con: delitos que afecten determinados bienes jurídicos, en los que no se incluyen los valores comprometidos en los delitos de derecho penal internacional; las inmunidades reconocidas por el derecho internacional; el vínculo del autor con el Estado; la nacionalidad colombiana del autor o de la víctima y el monto de la pena; la presencia en el territorio nacional; y la afectación a los derechos a un nacional.

El numeral del artículo 16.6 contempla una hipótesis que podría catalogarse como título de jurisdicción universal, en virtud del cual la ley colombiana se aplicará al extranjero que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero, siempre que se halle en territorio colombiano; el delito tenga prevista en Colombia una pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a 3 años; que no se trate de delito político; que no se hubiere juzgado en el exterior, y que solicitada la extradición, esta no hubiere sido concedida por el Gobierno colombiano. No obstante, este evento está condicionado, además, a que se presente querrela del Procurador General de la Nación.

⁸²⁷ En virtud de esta norma, la ley penal colombiana se aplicará a las conductas punibles que se cometan a bordo de nave o aeronave del Estado, o explotada por éste, que se encuentre fuera del territorio nacional. Así mismo, a las que se cometieren a bordo de cualquier otra nave, o aeronave nacional, que se halle en alta mar, cuando no se hubiere iniciado la acción penal en el exterior.

Lo anterior permite sostener, que el sistema legal colombiano no contempla el título de atribución de jurisdicción universal, para la investigación y sanción de crímenes catalogados como de derecho penal internacional.

2.2.8. La recepción del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

La Constitución colombiana establece que *“En ningún caso podrá haber (...) penas y medidas de seguridad imprescriptibles”*. Con fundamento en esta cláusula, la Corte Constitucional, al ejercer el control constitucional sobre el Tratado de Roma y su ley aprobatoria, en particular sobre el artículo 29 que establece la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, declaró que este constituía un *tratamiento diferente* al previsto en la Constitución respecto de la misma materia, por lo que era aplicable en el ámbito de la jurisdicción de la CPI, pero no en el derecho nacional (C-578 de 2002)⁸²⁸. Esta consideración fue reiterada en la sentencia C-666 de 2008⁸²⁹

Consecuente con la referida cláusula constitucional, el legislador colombiano estableció un término máximo de prescripción de hasta 20 años, para los delitos en general, y de hasta 30 años para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de derechos humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado⁸³⁰. Lo que significa que en el sistema legal colombiano está previsto un límite de 30 años para la prescripción del genocidio y algunos delitos que pueden constituir graves violaciones a los Derechos Humanos, en tanto que para las graves infracciones al derecho internacional humanitario, se prevé el término de 20 años.

⁸²⁸ En este pronunciamiento la Corte recordó la sentencia C- 176 del 12 de abril de 1994 en la que señaló que *“El transcurso del tiempo obra como causa de extinción de la punibilidad no solamente en abstracto- prescripción del delito- sino en concreto – prescripción de la pena-, y, por consiguiente pone fin al proceso”*. Esta sentencia declaró exequible la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1998, bajo el entendido de que el Gobierno Nacional, al momento de depositar el respectivo instrumento de ratificación formularía una declaración relativa a que *“Colombia entiende que el párrafo 8° del artículo 3° de la Convención no implica la imprescriptibilidad de la acción penal”*.

⁸²⁹ En la que se declaró exequible un aparte del artículo 126 de la Ley 734 de 2002 que establecía un término de cinco años para solicitar la revocatoria de los fallos disciplinarios.

⁸³⁰ Artículo 83 del Código Penal, modificado por la Ley 1426 de 2010.

Aunque el tribunal constitucional no ha emitido un pronunciamiento sobre la compatibilidad de este precepto con la Carta⁸³¹, en algunas de sus sentencias⁸³², con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha admitido que las normas que establecen términos de prescripción de la acción, respecto de delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, y al derecho internacional humanitario, resultan incompatibles con el deber internacional de investigar y juzgar efectivamente estas violaciones.

Lo anterior quiere decir que, de acuerdo con la actual interpretación constitucional del artículo 28 de la Constitución, inciso final, y el pronunciamiento contenido al respecto en la sentencia C-578 de 2002, no es posible mediante una ley de implementación del Tratado de Roma, incorporar el artículo 29 en el sistema legislativo estatal, hasta tanto no se produzca una modificación del artículo 28 de la Constitución, ó una reinterpretación autorizada de este precepto, por el tribunal constitucional.

Pese a que el Estado colombiano no ha suscrito la Convención Internacional Sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, nada obsta para que el tribunal constitucional pueda realizar una reinterpretación del inciso final del artículo 28 de la Constitución, en el marco de las disposiciones de Derechos Humanos y Derecho Humanitario que establecen el deber de investigar y sancionar los hechos constitutivos de graves violaciones a sus prohibiciones, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a fin de admitir que en dicha disposición tiene cabida el principio de

⁸³¹ En la oportunidad en que fue impugnada esta disposición se invocó como parámetro constitucional el artículo 29 del ECPI, planteamiento que fue descartado por la Corte, al estimar que dicho precepto no forma parte del bloque de constitucionalidad, conllevando a un pronunciamiento inhibitorio (Corte Constitucional Sentencia C-290 del 18 de abril de 2012).

⁸³² Así por ejemplo en la sentencia C-620 del 18 de agosto de 2011, reiterando lo señalado en la C-370 de 2006, indicó la Corte que: “71. De este repaso sobre la jurisprudencia regional de la Corte del sistema interamericano, encuentra la Corte que se puede arribar a las mismas conclusiones que se plasmaron en la sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, al decir con base en lo expresado por la CIDH, que se encuentra dentro de los estándares requeridos con respecto a los derechos de justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el derecho internacional de los derechos humanos: “(...) (ii) (...) *la incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (...)*”.

imprescriptibilidad de los crímenes de genocidio, y los constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Esta alternativa hermenéutica no se apoya en el Estatuto de Roma, sino en el derecho internacional de los derechos humanos, comoquiera que desde hace algunas décadas las instancias internacionales de protección de los mismos, han venido entendiendo que las garantías procesales del victimario, no son absolutas por cuanto las cláusulas convencionales que consagran el derecho al debido proceso, abarcan igualmente a las víctimas⁸³³.

Este punto de vista no desconoce que, históricamente y especialmente a partir de los principios que inspiran el derecho penal liberal, la garantía del debido proceso penal fue concebida como límite al ejercicio del *ius puniendi*, y por ende, como instrumento de protección del ciudadano, y de contención de dicha potestad estatal. Bajo esta perspectiva, los derechos sustanciales de las víctimas, así como su intervención misma en el proceso penal, habían sido percibidos en términos secundarios, tendencia incrementada por la estructuración adversarial (de partes) de los sistemas penales acusatorios en auge.

Esa visión absoluta de las garantías procesales del imputado se ha visto matizada en los últimos años, por el desarrollo de una fuerte corriente doctrinaria y jurisprudencial en favor de la reivindicación de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, tendencia que ha llevado a considerar que, en casos excepcionales, las garantías procesales del acusado deben entrar a ser ponderadas con los derechos de las víctimas. Esta perspectiva se orienta a propiciar la coexistencia entre las garantías procesales del imputado, y los derechos sustanciales de las víctimas.

No consideramos correcta la solución de rotular cualquier clase de delito, al margen de los desarrollos sistemáticos del derecho internacional sobre el particular, con el calificativo de “crimen de lesa humanidad” con el único propósito de sustraer un determinado hecho de los límites legales de la prescripción. Si bien, en el ámbito internacional los crímenes de lesa

⁸³³ En este sentido, SIERRA PORTO Humberto. Aclaración de voto a la sentencia C-620 del 18 de agosto de 2011.

humanidad son imprescriptibles, el legislador nacional está en mora de incorporar esta categoría de delitos en el derecho estatal.

En consecuencia, lo que corresponde a la altura actual del desarrollo normativo interno, es la ponderación de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y al derecho humanitario, con el alcance que les provee la normatividad y la jurisprudencia internacional, frente a las garantías del acusado, adscritas al debido proceso. Esta ponderación podrá ser efectuada por el órgano legislativo al introducir una reforma al artículo 28 de la Carta, a fin de modular la prohibición absoluta de imprescriptibilidad prevista en esa norma⁸³⁴, permitiendo la imprescriptibilidad para todas, o algunas, de las categorías de crímenes internacionales. Podrá efectuarse, así mismo, por el tribunal constitucional al realizar una reinterpretación del artículo 28 constitucional.

La posibilidad de que sea el juez del conocimiento quien, frente a un caso concreto, claramente constitutivo de crimen internacional, realice una ponderación de estos derechos en tensión, resulta plausible, aunque rodeada de mayores complejidades. Para ello será preciso, aplicar una excepción de inconstitucionalidad frente a la norma legal (Art. 83 del Cod. Penal); apartarse del precedente constitucional (C-176/94 y C-578/02); y efectuar un juicio de proporcionalidad en el que pondere los derechos de las víctimas, conforme a los estándares provenientes del derecho internacional, y las garantías procesales del imputado, atendidas las circunstancias particulares del caso.

2.3. La implementación del tratado en materia procesal. Los mecanismos de cooperación en Colombia

2.3.1. En relación con el Estado colombiano la Corte Penal Internacional tiene competencia sobre los hechos constitutivos de genocidio y crímenes de lesa humanidad, desde el 5 de agosto de 2002, fecha en que depositó el instrumento de ratificación del Tratado de Roma, y sobre los crímenes de guerra desde el 1° de noviembre de 2009, fecha en que se cumplió el término

⁸³⁴ Si bien esta norma hace referencia a la prescripción de la pena, y no a la prescripción del delito o de la acción, la Corte Constitucional consideró que se incluía los dos ámbitos, en cuanto uno aludía a la pena en abstracto (prescripción del delito), y el otro a la pena en concreto (prescripción de la pena). (Sentencia C-176 del 12 de abril de 1994).

de aplazamiento de la jurisdicción de la Corte, en virtud de la declaración del artículo 124 ECPI. Es decir, que desde esas fechas está en la obligación de cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional, en los términos indicados en las Partes IX y X del Estatuto.

Sin embargo, no ha efectuado una labor sistemática de implementación en los ámbitos sustantivo y procesal que le permita articularse de manera plena al modelo jurisdiccional basado en la complementariedad, previsto en el Estatuto. En el ámbito sustantivo, se identificaron algunas iniciativas legislativas aisladas y ciertos desarrollos jurisprudenciales que permitieron efectuar un análisis de esa dimensión de la complementariedad en el marco de las variables aplicadas al estudio de derecho comparado. No ocurre lo mismo en lo que atañe a la dimensión procesal de la complementariedad (mecanismos de cooperación), toda vez que no se ha producido ninguna regulación sobre el particular, distinta a la aprobación del Tratado de Roma (Ley 742 de 2002), y de los instrumentos complementarios (Ley 1268 de 2008).

El Estado colombiano (ejecutivo y legislativo) al parecer ha entendido que puede desarrollar la cooperación aplicando directamente las disposiciones de la Parte IX del Estatuto. Así se deduce de la respuesta de la Cancillería a una solicitud formulada para efectos de esta investigación⁸³⁵ en la que se indagaba sobre el marco normativo, bajo el cual se venían desarrollando las relaciones de cooperación con la Corte Penal Internacional.⁸³⁶ En concepto de la Cancillería:

Entre Colombia y la CPI existen tres instrumentos jurídicos internacionales que conforman lo que podría denominarse el régimen del Estatuto de Roma, que regulan las relaciones entre ambas Partes; a saber: a) el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Ley 742 de 2002), b) el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional (Ley 1180 de 2007), y c) Las Reglas de procedimiento y pruebas y los elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional (Ley 1268 de 2008). Adicionalmente, el 17 de mayo del presente año el señor Presidente de la República, el doctor Juan Manuel Santos Calderón, y el Juez y Presidente de la CPI, S.E. Sang Hyun Song,

⁸³⁵ Ministerio de Relaciones Exteriores. DIDHD No. 29955/1316. Mayo 20 de 2011.

⁸³⁶ Para la época de la solicitud el Fiscal de la Corte, en desarrollo de sus funciones, ya había realizado dos visitas al territorio nacional (en octubre de 2007 y en agosto de 2008).

suscribieron el Acuerdo entre la República de Colombia y la CPI sobre la ejecución de las penas impuestas por la CPI (...).

(...)

Dentro del marco general de cooperación entre la CPI y el Estado colombiano, que implica la suscripción de los mencionados acuerdos que conforman el Régimen del Estatuto de Roma, de manera específica se puede decir que ha habido un acto de cooperación de Colombia con la CPI: la suscripción del Acuerdo entre la República de Colombia y la CPI sobre la ejecución de las penas impuestas por la CPI. Colombia es el séptimo país del mundo y el primero en América en suscribir este tipo de acuerdo con la CPI⁸³⁷.

Específicamente, sobre las reglas aplicables en materia de cooperación, el Gobierno colombiano, informó:

Como se expresó supra, hay tres acuerdos internacionales vigentes entre Colombia y la CPI; la parte IX del Estatuto de Roma, *De la cooperación internacional y la asistencia judicial*, regula lo pertinente a la cooperación con la CPI y los Estados Partes del Estatuto de Roma. El artículo 86 del Estatuto de Roma dispone al respecto: *“Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”*⁸³⁸.

En el mismo documento informó la Cancillería que *“El órgano nacional de contacto con la CPI es el Ministerio de Relaciones Exteriores”*⁸³⁹. Esta alternativa se encuentra amparada por el artículo 87.1 del ECPI que prevé que las solicitudes de cooperación *“se transmitirán por vía diplomática o por cualquier otro conducto adecuado que haya designado cada Estado Parte a la fecha de la ratificación, aceptación, aprobación, o adhesión”* al tratado. En coherencia con esta disposición, al depositar el instrumento de ratificación el Gobierno colombiano hizo una declaración en el sentido que:

6. De conformidad con lo señalado en el artículo 87 párrafo 1) Literal a) y párrafo 2) primer inciso del mismo artículo, el Gobierno de Colombia declara

⁸³⁷ Ministerio de Relaciones Exteriores. DIDHD No. 29955/1316. Mayo 20 de 2011. Puntos 1 y 3.

⁸³⁸ *Ibíd.* Punto 4.

⁸³⁹ *Ibíd.* Punto 5.

que las solicitudes de cooperación o asistencia se tramitan por vía diplomática las cuales deberán estar en el idioma español o acompañadas de una traducción a este idioma⁸⁴⁰.

Conforme a esta información, el sistema normativo e institucional colombiano cuenta con un órgano de comunicación, pero no con autoridades preestablecidas, encargadas de ejecutar las solicitudes de asistencia y entrega, las cuales, de conformidad con la Constitución y tradición jurídica colombianas, deben ser autoridades judiciales, toda vez que cumplen actividades en las que se restringen derechos fundamentales. Tampoco se cuenta con procedimientos adecuados en el sistema normativo interno, para la ejecución de dichas solicitudes, que provean certeza, de una parte, sobre las garantías sustanciales y procesales de las personas que resulten afectadas con las actuaciones, y de otra, sobre la eficacia de la cooperación.

2.3.2. Indagar sobre los mecanismos y cauces utilizados por el Estado colombiano para cumplir con su deber de cooperación con la CPI no resultaba superfluo, comoquiera que tal como informa el propio Fiscal del tribunal internacional, la situación de Colombia se encuentra bajo observación, en el marco de un examen preliminar, desde el año 2004:

La Fiscalía ha venido haciendo un examen preliminar de la situación en Colombia desde junio de 2004. En relación con esta situación, ha recibido 114 comunicaciones de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma. De ellas, 20 escapan manifiestamente a la competencia de la Corte y 94 se están analizando en el contexto del examen preliminar. El 2 de marzo de 2005, el Fiscal informó al Gobierno de Colombia que había recibido información sobre presuntos crímenes cometidos en Colombia que podrían ser competencia de la Corte. Desde entonces, el Fiscal ha solicitado y recibido información adicional en cuanto a: i) crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional (la "CPI" o la "Corte"); y (ii) la situación de las actuaciones judiciales nacionales.⁸⁴¹

La decisión del Estado colombiano de no implementar el Tratado de Roma en materia procesal, con miras a crear las condiciones que le permitan cumplir la obligación de cooperación prevista en el artículo 86 ECPI, y optar, en cambio,

⁸⁴⁰ (Declaraciones interpretativas al Estatuto de la Corte Penal Internacional. [En línea]. Disponible en <http://www.un.org.law.icc> (consultado septiembre 2 de 2013).

⁸⁴¹ Corte Penal Internacional. Oficina del Fiscal. Situación de Colombia. Reporte intermedio. Noviembre de 2012.

por confiar en la aplicación directa del tratado, en especial de su Parte IX, para prestar la asistencia requerida, no es desde el punto de vista político y jurídico, la actitud más compatible con una disposición plena de asegurarse de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la Parte IX del ECPI.

Lo que corresponde a Colombia, en su condición de Estado Parte, como lo recalcó la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del Acuerdo sobre Procedimiento y Prueba, es desarrollar los procedimientos internos para poder cumplir con las exigencias de la cooperación, toda vez que *“las actividades que desarrollen los Tribunales Nacionales a solicitud de la Corte Penal Internacional, dentro del ámbito de la cooperación internacional prevista en el Estatuto de Roma (Arts. 88, 89 y 103), deben regirse por los procedimientos internos, para lo cual los Estados Partes, como es el caso de Colombia, tienen el deber de ajustar sus procedimientos internos a las exigencias de esa Cooperación”*⁸⁴².

2.3.3. Ante el vacío legislativo que se ha generado sobre el particular, es pertinente preguntarse si es factible aplicar directamente las normas de cooperación previstas en el Estatuto y en la Reglas de Procedimiento y Prueba, como al parecer lo entiende el Gobierno.

Esta opción, que consideramos inadmisibles en lo que concierne a la parte sustantiva de la implementación, podría encontrar fundamentación jurídica en abstracto en materia de cooperación, pero resulta inaplicable, toda vez que dejaría lagunas insalvables, en materias cuya regulación debe estar asistida por el principio de legalidad, como son la determinación del juez natural para una privación de la libertad con fines de entrega, o para la adopción de otras medidas que afecten otros derechos; así como el debido proceso para la ejecución de dichas medidas.

Es posible que algunas disposiciones del tratado en materia de cooperación puedan ser aplicadas directamente, toda vez que, cuando las autoridades colombianas actúan en cumplimiento de solicitudes de cooperación y asistencia emanadas de la CPI, lo hacen dentro del marco de la jurisdicción de ésta, y no en el ejercicio de su propia jurisdicción, en la medida que actúan como brazos, o satélites que sirven al sistema de la Corte.

⁸⁴² Corte Constitucional, sentencia C-801 de 2009.

Así se deriva la jurisprudencia que efectuó el control constitucional sobre el tratado y los instrumentos complementarios, en la que se admitió que: *“las autoridades colombianas cuando cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las Partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, [podrán aplicar] las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en él”*⁸⁴³. Y reiteró que, a pesar de que las normas del Estatuto no modifican el derecho interno aplicable a la administración de justicia estatal, ello no es óbice, para que *“las autoridades colombianas, en el campo exclusivo de la Cooperación con la Corte Penal Internacional, [puedan] aplicar las disposiciones del tratado y de los demás instrumentos que lo desarrollan dentro de lo regulado en ellos”*⁸⁴⁴. (Se destaca).

Lo señalado es compatible con la idea de que algunas normas sobre cooperación contenidas en el Estatuto, a diferencia de lo que ocurre con la descripción de los crímenes, son normas *self-executing* (auto-ejecutables), comoquiera que contienen directamente obligaciones puntuales de cooperación para el Estado Parte, y adicionalmente, algunas de estas normas son lo suficientemente específicas para que puedan ser aplicadas.

Este punto de vista aparece avalado por la observación de la experiencia comparada, en la que se advierte que la mayoría de los Estados, al desarrollar la implementación en materia de cooperación, incorporan en sus leyes internas los dictados de la Parte IX del Estatuto, con algunos matices que enfatizan su postura favorable a la cooperación, o a la defensa de espacios de soberanía.

Sin embargo, esta solución que parece jurídicamente plausible, no resulta viable en términos de una efectiva cooperación, y de la salvaguardia de las garantías establecidas en el orden constitucional interno, toda vez que deja lagunas insalvables en aspectos necesitados de precisión. De ahí, la necesidad de adecuación normativa con el fin de articular los preceptos del ECPI, con las especificidades del sistema jurídico estatal.

⁸⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002.

⁸⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-801 de 2009.

2.3.4. La suscripción, por parte de Colombia, de un acuerdo de cooperación en materia de ejecución de sentencias dictadas por la Corte, a fin de constituirse en uno de los pocos Estados que han ingresado a la lista de ejecutores, valorada dentro del contexto general de lo que ha sido la actitud política y jurídica del Estado colombiano frente a la Corte Penal Internacional, en lugar de apoyar una percepción de genuina disposición cooperadora, revela un reforzamiento a su postura formal y diplomática frente al tratado multilateral.

En efecto, no es consecuente con una auténtica disposición de asumir a cabalidad todos los compromisos que se derivan de la condición de Estado Parte, el hecho de que se omita la implementación del tratado en los aspectos sustancial y procesal, generando un déficit tanto para el ejercicio de la jurisdicción prioritaria atribuida al Estado, como de la cooperación debida al trabajo de la Corte, y que, de otra parte, se exhiba un acuerdo para cooperar en un ámbito respecto del cual el país ha presentado, de manera endémica, las más evidentes fragilidades de su política criminal interna: el sistema penitenciario.

Desde este punto de vista, mientras la obligación inexcusable que compete única y exclusivamente al Estado, y que es vital para la funcionalidad del sistema en su conjunto, como es la implementación – sustantiva y procesal - del tratado en su derecho interno, se declina o aplaza; paralelamente se prioriza la asunción de una obligación que es inicialmente potestativa de los 122 Estados que son Parte del Tratado, y que reviste una importancia secundaria, comoquiera que el déficit que se pueda generar en este ámbito (ejecución de sentencias) es cubierto por el sistema penitenciario del Estado anfitrión.

3. Balance. Necesidad de implementación del Tratado de Roma en el sistema normativo colombiano

3.1. Analizado el caso colombiano se pudo constatar que la posición de Colombia frente a la creación y establecimiento de un modelo de justicia global, basado en la complementariedad, no ha trascendido una dimensión formal y diplomática. En efecto, se observa que este Estado ha suscrito y ratificado todos los acuerdos internacionales que dieron vida y desarrollo a la

Corte Penal Internacional, e incluso, celebró un acuerdo específico para cooperar en la ejecución de sentencias. Sin embargo, paralelamente, ha tomado acciones, y adoptado posturas, que conspiran contra una verdadera decisión de articularse proactivamente al sistema de justicia previsto en el ECPI. Esta actitud se revela en el depósito de la declaración del artículo 124 ECPI; en la suscripción de un ABI con los Estados Unidos en la modalidad de acuerdo ejecutivo; y de manera especial, en la omisión de implementar el Tratado de Roma en el derecho nacional.

3.2. La omisión en la expedición de leyes de implementación del ECPI, en los ámbitos sustantivo y procesal, ha impedido que se desplieguen, en el sistema jurídico nacional, las funciones adscritas al principio de complementariedad, y el poder de incidencia que éste tiene en el ámbito estatal. Tal circunstancia ha puesto en evidencia una serie de lagunas y dificultades para aplicar el derecho penal internacional por los tribunales nacionales, entre las que se identifican, con mayor relevancia, el sacrificio del principio de legalidad, debido a la falta de tipificación interna de los crímenes de lesa humanidad; los tropiezos para la construcción fiable y segura de categorías de imputación que permitan deducir responsabilidades individuales, en eventos de criminalidad colectiva y organizada; la imposibilidad de darle un manejo certero y pertinente al principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales; y, la inexistencia de procedimientos adecuados para prestar una cooperación plena y eficaz a la Corte Penal Internacional.

3.3. La falta de armonización (adecuación) del derecho nacional con el derecho penal internacional, a través de la implementación, que colme los vacíos reseñados, ha dado lugar a unas prácticas judiciales que pretenden incorporar directamente, y de manera indiscriminada, los principios y las normas del derecho internacional, sin la necesaria discriminación sobre el segmento jurídico al cual pertenece la fuente (derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional, derecho consuetudinario o derecho convencional), acudiendo para ello a figuras como el bloque de constitucionalidad o la auto ejecutabilidad de las normas sustantivas del tratado, las cuales no tienen cabida cuando se trata de preceptos pertenecientes al ámbito punitivo, o que únicamente contemplan prohibiciones sin la correspondiente sanción.

3.4. El rezago que presenta el Estado colombiano, en materia de implementación del ECPI, debe ser subsanado mediante la expedición de leyes de implementación. Consideramos que el modelo más acorde con la actual configuración normativa interna, sería la opción tomada por España, Suiza y Holanda, consistente en expedir una ley reformativa del Código Penal (dimensión sustantiva) y paralelamente una ley de cooperación (dimensión procesal).

3.5. La reforma penal sustantiva estaría orientada a: introducir en el derecho nacional los crímenes de lesa humanidad con los elementos que le provee el derecho internacional; adecuar las categorías de imputación, en particular las relativas a autoría y participación aplicables en contextos de criminalidad colectiva y sistemática, en el sentido de introducir explícitamente reglas para la imputación de responsabilidad al jefe militar por los actos de sus subordinados (Art. 28 ECPI); desarrollar las modalidades de autoría y participación previstas en el artículo 25 ECPI; regular el principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales⁸⁴⁵, para lo cual puede desarrollar un ejercicio de *adecuación*, aplicando criterios diferenciados a la manera como lo hicieron Alemania (excluye infracción del deber de cuidado); Francia (no aplica a crímenes de guerra); y Suiza (excluye situaciones ya consolidadas).

3.6. La labor de implementación en el ámbito procesal, estaría encaminada a adoptar mecanismos para hacer posible todas las formas de cooperación; esto implica:

3.6.1. En primer término, la incorporación *adecuada* y pertinente de las normas de las partes IX y X del Estatuto, relativas a la cooperación y la ejecución de sentencias, a fin de establecer los órganos que ejecutarán la cooperación, los procedimientos, los recursos, las garantías de las personas detenidas o con derechos sobre bienes afectados; las causales de aplazamiento o negativa de una solicitud de cooperación; los mecanismos para la resolución de eventuales conflictos originados en la sustanciación de una solicitud de cooperación; el marco normativo, conforme a la parte X del

⁸⁴⁵ Sobre el particular, como ya indicó al desarrollar el caso colombiano, debe mediar una adecuación del artículo 28 de la Constitución, o una reinterpretación de esta norma por el tribunal constitucional.

ECPI, para los futuros acuerdos que se realicen con la CPI en materia de ejecución de sentencias privativas de la libertad o pecuniarias.

3.6.2. En segundo lugar, es necesario regular de manera separada la fase del procedimiento previo a la admisibilidad (desarrollo de los artículos 18, 19 y 53 del ECPI, en donde se deben garantizar espacios de intervención tanto al Estado como al imputado), del procedimiento propiamente punitivo. La primera fase es regulada en muy pocas leyes de implementación, y sin embargo, constituye un escenario que tiene su propio marco en el Estatuto y que exige desarrollo y adecuación.

3.6.3. En tercer lugar, una legislación procesal de implementación debe incluir normas para hacer efectivas las medidas tendientes a la reparación, así como las competencias y los mecanismos de índole civil para resolver los conflictos de esta naturaleza que se puedan suscitar

CAPÍTULO V

Conclusiones Generales

De los análisis, observaciones y desarrollos plasmados en los cuatro capítulos que integran este documento, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. El Tratado de Roma que estableció la Corte Penal Internacional es uno de aquellos instrumentos internacionales que requieren implementación en los sistemas internos de los Estados Partes. La decisión de implementar no se encuentra librada a la discrecionalidad de los Estados que adhieren al tratado, comoquiera que constituye una obligación emanada de los compromisos adquiridos desde el Preámbulo, está expresamente establecido en algunos de sus preceptos (Art. 86 y 88 ECPI), y se encuentra ligada al principio de *complementariedad*, el cual constituye la columna dorsal de la jurisdicción establecida en dicho acuerdo.

2. La obligación de implementar el tratado presenta dos dimensiones: (i) la sustantiva, conforme a la cual se hace preciso adelantar reformas legislativas internas con el fin de *adecuar* el sistema normativo estatal para el ejercicio de la jurisdicción prioritaria, que corresponde a los Estados, para la investigación y el juzgamiento de los crímenes internacionales; y (ii) la procesal, la cual demanda la instauración de los mecanismos y procedimientos necesarios para que el Estado coopere plenamente con la Corte en todas las formas previstas en el Estatuto.

3. La obligación de implementación procesal para efectos de la cooperación, está explícitamente prevista en los artículos 86 y 88 del ECPI, y presenta diferentes grados, comoquiera que es mucho más rígida en lo que concierne a la detención y entrega; más flexible en materia de asistencia, y difusa en lo concerniente a la ejecución de sentencias. Estos grados se determinan a partir de la mayor o menor posibilidad de invocar, por parte del Estado, causales de denegación o aplazamiento de solicitudes de cooperación provenientes de la Corte, y el consiguiente mayor o menor grado de maniobrabilidad que se le reconoce para su ejecución. A pesar de estos

grados identificados, respecto de esta dimensión de la implementación, existe consenso acerca de su imperatividad, dada su explícita consagración en una norma del tratado.

4. El carácter obligatorio de la implementación sustantiva se deriva del Preámbulo (párr.4) del ECPI, a través del cual los Estados adquieren el compromiso de adoptar las medidas necesarias en el plano nacional, para cumplir con el deber de todo Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Este compromiso, dado el carácter normativo del Preámbulo y su primado ético, político y jurídico, irradia todo el instrumento y debe ser cumplido de buena fe, de conformidad con el objeto y fin del tratado. El *objeto* del tratado es el de establecer una jurisdicción articulada en torno al principio de *complementariedad*, el cual se fundamenta en la *conurrencia* de las jurisdicciones nacionales y la internacional, con el propósito de cumplir el *fin* de prevenir y sancionar, en una acción mancomunada, las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

El grado de discrecionalidad que se reconoce a los Estados, se ubica en el plano de la selección de los mecanismos internos para la implementación, y no en la decisión de implementar. Esta consideración está asistida por la idea, desarrollada en este trabajo, consistente en que el modelo de *interacción* entre jurisdicciones, acogido por el Estatuto es el de la armonización, que implica *adecuación* y no unificación.

5. Las funciones adscritas al principio de complementariedad reafirman la necesidad de una implementación del tratado en el Derecho nacional, en las dos dimensiones señaladas: la sustantiva y la procesal.

5.1. La función *armonizadora* plantea demandas de implementación, comoquiera que la necesaria interacción adscrita a esta función, entre las jurisdicciones nacionales y la internacional, exige no uniformidad, pero sí *compatibilidad*, entre sus sistemas jurídicos, de manera que puedan actuar funcionalmente como ámbitos pertenecientes a un mismo modelo jurisdiccional.

5.2. La función *dinamizadora*, lleva implícitos los requerimientos de implementación, sustantiva y procesal, toda vez que promueve el desarrollo legislativo estatal, a efecto de fortalecer y potenciar el sistema normativo interno, estableciendo un diálogo entre el derecho internacional y el Derecho nacional que optimice la capacidad de reacción, de éste, frente a la grave criminalidad.

5.3. La función *reguladora*, a su vez pone de presente que la implementación constituye un presupuesto indispensable para el desarrollo de las relaciones entre la CPI y los Estados, toda vez que, tanto el carácter *preferente* de la jurisdicción nacional, como la labor de *supervisión* y monitoreo de la jurisdicción internacional, derivada de su poder inherente para determinar su propia jurisdicción, confluyen en el mismo requerimiento: el Estado debe adecuar su sistema jurídico interno al ECPI, para retener su jurisdicción y, correlativamente, superar el escrutinio que pesa sobre su sistema de justicia.

5.4. La función de *salvaguardia de la soberanía estatal*, señala así mismo el camino de la implementación, sustantiva y procesal, como exigencia inexcusable. En relación con la primera, porque la adecuación material del sistema normativo estatal para el ejercicio de la jurisdicción prevalente, reafirma la posibilidad de ejercer soberanamente el *ius puniendi* estatal, optimizado por la interacción del sistema normativo interno con el derecho internacional. Y respecto de la segunda, por la necesidad de establecer mecanismos (debido proceso) que permitan el ejercicio de espacios de soberanía que el ECPI preserva, como la alegación de la excepción preliminar de inadmisibilidad; o la impugnación de la jurisdicción de la Corte, una vez ésta se ha pronunciado sobre la admisibilidad.

5.5. La función *limitadora*, material y procesal, cobra importancia, en cuanto al aspecto material, en el establecimiento de unos umbrales de gravedad (general y específico) referidos a los crímenes de competencia de la Corte. El umbral general, previsto para todas las categorías contempladas en el artículo 5 ECPI, alude a su especial trascendencia y a su idoneidad para afectar los bienes jurídicos de elevada jerarquía que se protegen en ese ordenamiento. Los específicos, hacen referencia al elemento de contexto que se inserta en el artículo 8.1 respecto de los crímenes de guerra, el cual prioriza la competencia de la Corte, respecto de aquellos crímenes de guerra que se cometen “*como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala*”. En cuanto a los crímenes de lesa humanidad (Art. 7

ECPI), el umbral específico está determinado por “*el ataque generalizado o sistemático contra una población civil*”.

Las exigencias de adecuación del derecho interno, frente a estas configuraciones, surgen respecto de la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, comoquiera que el elemento de contexto que se inserta en la norma (Art.7.1 ECPI) forma parte de la estructura típica del crimen; no ocurre lo mismo con el elemento de contexto previsto en el artículo 8 lb., en relación con crímenes de guerra, comoquiera que no forma parte de la construcción sistemática del crimen, y se limita a subrayar el umbral general, el cual sólo adquiere relevancia para la determinación de la competencia de la Corte.

6. La observación efectuada al proceso de implementación desarrollado en países pertenecientes a distintos continentes, conduce a extraer las siguientes conclusiones:

6.1. Una mirada global permite sostener, que, con excepción del caso europeo, la implementación presenta un notable rezago, si se tiene en cuenta que la mayoría de los procesos de ratificación del Tratado de Roma se consolidaron entre los años 2000 a 2002. Once años parece un término razonable para que los Estados hubiesen adelantado los trámites legislativos internos con miras a la adecuación de sus sistemas normativos a los requerimientos de implementación. Contrasta la evolución que sobre el particular ha tenido Europa frente a los otros continentes. Mientras que éste muestra un nivel de ratificación del 84%⁸⁴⁶, y de implementación del 44%, en América, a pesar del alto porcentaje de ratificaciones (80%)⁸⁴⁷, el grado de implementación es muy incipiente, comoquiera que sólo 6 han implementado (17%). La brecha se observa también en el continente africano, en donde el porcentaje de ratificación es del 62%⁸⁴⁸, y el de implementación es del 18.5%. La situación más crítica se presenta en Asia, en donde la ratificación apenas alcanza el 20%⁸⁴⁹, y sólo el 0.02% ha implementado.

6.2. De esta visión panorámica cuantitativa se pueden extraer varias conclusiones:

⁸⁴⁶ De los 50 Estados que pertenecen a este continente 42, son parte del Tratado de Roma, y de ellos 22 han implementado (Ver Capítulo III.4, panorama general).

⁸⁴⁷ De los 35 Estados que integran este continente 28 han ratificado el ECPI, y 6 han implementado (Ver Cap. III. 3).

⁸⁴⁸ De los 54 Estados de este continente 34 son Parte del tratado, y sólo 10 han implementado (Capítulo III.5).

⁸⁴⁹ De los 45 Estados que lo conforman, únicamente 9 han ratificado, y 3 han implementado (Capítulo III.6).

6.2.1. La importancia de una sólida integración, basada en principios universales, para jalonar procesos de esta naturaleza: es evidente el papel impulsor que ha desempeñado la Unión Europea, tanto en la ratificación como en la implementación del tratado, en este continente.

6.2.2. Al margen de situaciones muy específicas (como la política de oposición de los Estados Unidos a la CPI, o el desinterés de China por formar parte del tratado) se observa una relación directa entre dos extremos: de una parte, la tradición jurídica y la solidez institucional de los Estados, y la decisión de implementar, de la otra. Los sistemas jurídicos con una mayor tradición institucional y democrática han adelantado procesos de implementación completa, bajo la idea de que uno de sus efectos es el fortalecimiento del Estado de Derecho; por el contrario, en los sistemas jurídicos y democráticos frágiles, los desarrollos de implementación son más incipientes.

6.2.3. Se ratifica la relación que existe entre autonomía política, económica y militar, y la independencia judicial: es clara la incidencia que ha tenido en el proceso de implementación, no solamente en América sino también en África y Asia, la dependencia económica y militar de muchos de sus países, ubicada en programas específicos, frente a los Estados Unidos⁸⁵⁰.

6.2.4. En algunos países se aprecia una visión anacrónica de soberanía, según la cual el juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, constituyen asuntos internos de los Estados, y sobre esta visión reclaman esta potestad, no para afirmar su jurisdicción preferente en el ámbito de la complementariedad, si no para evitar supuestas “injerencias” en sus asuntos internos. Esta visión se aprecia en Estados que no han implementado, pero también en aquellos que lo han hecho con una regulación excesivamente densa, que desconfía de la cooperación, e impone excesivos controles a la misma.

6.3. Sobre la manera como se ha asumido la implementación se observó que a la altura actual de desarrollo de este proceso, se vislumbra bastante claridad sobre la necesidad de implementar en los aspectos sustantivo y procesal. La mayoría de las regulaciones incluyen las dos dimensiones, en la misma ley o en leyes separadas; y aquellos países en que solo se ha hecho implementación procesal, tramitan normas de adecuación sustantiva. Así,

⁸⁵⁰ De acuerdo con la observación efectuada, se encontró que 17 países de América, 37 de África y 39 de Asia, suscribieron un ABI. No obstante, el Departamento de Estado de los Estados Unidos, ha informado que sobrepasan los 100. (Supra Cap. III.3).

algunos Estados optaron por expedir dos leyes nuevas y separadas, una en materia sustantiva y otra para regular la cooperación (caso Alemania); otros, por expedir una ley de cooperación, y de otra parte modificar el código penal para adecuarlo a los crímenes de competencia de la Corte (España, Suiza y Holanda). Una tercera vía fue la de introducir modificaciones en los códigos procesal y sustantivo (Francia), o expedir una ley unificada de alcance sustantivo y procesal (Reino Unido, Sudáfrica, Argentina, Canadá y Uruguay). Fueron pocos los que se limitaron a proferir una ley de cooperación (Suecia, Austria y Perú).

7. El Estado colombiano, en su condición de Estado Parte, se encuentra en mora de realizar una labor integral de implementación que incluya tanto la dimensión sustantiva como la procesal. En cuanto a la primera, se hace imprescindible incorporar en el orden interno la categoría de crímenes de lesa humanidad, con las modalidades y los elementos de contexto que le provee el derecho penal internacional; adecuar las categorías de imputación a las necesidades que plantea la criminalidad de sistema, en particular, las formas de autoría y participación y la atribución de responsabilidad a los jefes militares; la regulación del principio de imprescriptibilidad; así como la adecuación de los delitos contra la administración de justicia, para que sea posible su aplicación al ámbito en que el sistema nacional coopere con la CPI.

En cuanto a la segunda, es preciso que adopte una ley de contenido procesal que haga posible todas las formas de cooperación previstas en la parte IX del ECPI, ante las lagunas insalvables que dejaría la aplicación directa del Estatuto.

La omisión en la implementación asumida por el Estado colombiano, se identificó como uno más de los factores indicativos de su posición ambigua frente a la jurisdicción de la CPI, caracterizada por la adhesión formal y diplomática al tratado fundacional, y a sus acuerdos complementarios, y paralelamente la adopción de determinaciones incompatibles con esa aparente disposición de integrarse proactiva y eficazmente al sistema de la Corte. De esta índole son el depósito de la declaración del artículo 124 ECPI y la suscripción de un ABI con los Estados Unidos. No obstante, en este panorama lo que mayor incidencia negativa tiene para la eficacia del sistema de la Corte, es la omisión en la implementación, la cual impacta el ejercicio de su jurisdicción preferente en materia de grave criminalidad, y su capacidad para cooperar con la CPI.

8. La materia objeto de esta investigación permite una multiplicidad de perspectivas, y la profundización en muchos aspectos tratados aquí apenas

como insumos para apoyar una idea central: el carácter obligatorio de la implementación - sustantiva y procesal- del Tratado de Roma, a partir de las funciones que cumple el principio de complementariedad.

En este orden de ideas, aspectos inexplorados aquí, o explorados sin la suficiente extensión o profundidad, constituyen nuevas vetas de investigación, como por ejemplo, cómo ha incidido en el trabajo de la Corte Penal Internacional el grado de implementación del tratado en los sistemas estatales de justicia; la influencia específica de la tradición jurídica en la forma en que se asume la implementación; las causas de la exigua adhesión al tratado que se observa en el continente asiático; la valoración de las experiencias de justicia transicional tanto por la Fiscalía de la Corte, escenario en el que opera el principio de oportunidad, como por la Corte misma en el marco del test de admisibilidad. Y por supuesto el seguimiento a este proceso de implementación, bajo la idea que el derecho penal internacional se debe aplicar, de manera prioritaria, por los tribunales nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

I. Normatividad nacional

Congreso de la República. Acto Legislativo 02 de 2001, “Por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución”.

Congreso de la República. Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”.

Congreso de la República. Ley 742 de 2002, “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.

Congreso de la República. Ley 1268 de 2008, “Por medio de la cual se aprueban “las Reglas de Procedimiento y Prueba” y “los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional”, aprobados por la Asamblea de los Estados Parte de la Corte Penal Internacional en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002”.

II. Normatividad Internacional

Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas, Resolución No.1422, aprobada en su 4572^a sesión celebrada el 12 de julio de 2002.

Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas, Resolución No.1487, aprobada en su 4772^a sesión celebrada el 12 de junio de 2003.

Consejo De Seguridad; Resolución 1593 (2005) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5158^a sesión celebrada el 31 de marzo de 2005, sobre la remisión de la situación de Darfur al Fiscal de la CPI.

Elementos de los crímenes, aprobados por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Primer período de sesiones, Nueva York, 3 al 10 de septiembre de 2002.

Estatuto de la Corte Penal Internacional

Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, aprobado por la Resolución 827 del 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas.

Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda, aprobado por la Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas.

Estatuto para la Corte Especial para Sierra Leona del 16 de enero de 2002.

Estatuto de la Cámara Extraordinaria de las Cortes de Cambodia.

Reglas de Procedimiento y Prueba, aprobadas por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Primer período de sesiones, Nueva York, 3 al 10 de septiembre de 2002.

Reglamento de la Asamblea de los Estados Partes, aprobado por la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Primer período de sesiones, Nueva York, 3 al 10 de septiembre de 2002.

III. Normatividad extranjera (Consulta electrónica)

República de Canadá. Parlamento. Canada's Crimes Against Humanity and War Crimes Act Crimes Against Humanity and War Crimes Act (2000, c. 24). An Act respecting genocide, crimes against humanity and war crimes and to implement the Rome Statute of the International Criminal Court, and to make consequential amendments to other Acts, assented to on 29 June 2000, published in *Canada Gazette*, Part III, Vol. 23, No. 3, Ottawa, 9 August 2000, c. 24. [En línea]. Disponible en: <<http://laws.justice.gc.ca/en/C-45.9/text.html>>. (Consulta: 20 de julio de 2011).

Estados Unidos de América. Congreso de los Estados Unidos. American Servicemembers' Protection Act, Sección 2005: Restrictions, on United States Participating in certain United Nations peacekeeping operations of the American Servicemembers' Act, agosto 2 de 2002. The Library of Congress. [En línea]. Disponible en: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/f?c107:1:/temp/~c107bpxvbp:el4937>>. (Consulta: Mayo 26 de 2013).

República de Argentina. Congreso de la República. Ley de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Disposiciones generales, penas y principios generales. Delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional. Relaciones con la Corte Penal Internacional. Buenos Aires, Boletín oficial Número 31.069, 9 de enero de 2007. [En línea]: <<http://www.coalitionfortheicc.org/documents/AustralialCCActNo42.2002.pdf>> (Consulta: 17 de septiembre de 2011).

República de Chile. Congreso Nacional. Ley 20352 de 2009. Reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, 30 de mayo de 2009. [En línea] Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20352>>. (Consulta: el 11 de septiembre de 2011).

República de Costa Rica, Asamblea Legislativa. Ley 8272 de 2002: Represión penal como castigo por los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad. San José, Diario Oficial (La Gaceta No. 97), 22 de mayo de 2002.

República del Perú. Congreso de la República. Decreto Legislativo N° 957 por el cual se expide un Código de Procedimiento Penal. Publicado en el Diario Oficial El Peruano, No.8804, el 29 de julio de 2004. [En línea] Disponible en: <<http://sistemas3.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/cpp/normatividad/DL-957.pdf>>. (Consulta: 21 de julio de 2011).

República Oriental del Uruguay. Congreso de la República. Ley N° 18.026 de cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el Genocidio, los Crímenes de guerra y de lesa humanidad. Publicada en el Diario Oficial N° 27091 de 4 de octubre de 2006. [En línea]. Disponible en: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18026&Anchor=>>> (Consulta 4 de junio de 2011).

República Federal de Alemania. Parlamento Federal. Ley de introducción al Código Penal Intrenacional, 26 de junio de 2002. Versión en español, disponible en: <<http://www.iccnw.org/documents/vstgblspan1.pdf>>. (Consulta: junio 23 de 2011)

España. Cortes Generales de España; Ley Orgánica 18 de 10 de diciembre de 2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional; Boletín núm. 296 del 11 de diciembre de 2003. [En línea]. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/11/pdfs/A44062-44068.pdf>. (Consulta: 25 de mayo de 2011).

República de Francia. Parlamento Francés. Loi N° 2002-268 du 26 février 2002, "Pour l'application du statut de la Cour Pénale Internationale, signé le 18 juillet 1998, la France participe à la répression des infractions et coopère avec cette juridiction dans les conditions fixées par le présent titre" (NOR : JUSX0205311L). [En línea]. Disponible en : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000776756&dateTexte=&categorieLien=id>. (Consulta: 20 de marzo de 2011).

Reino Unido de Gran Bretaña, e Irlanda del Norte, Parlamento. Ley sobre Corte Penal Internacional (inglés): International Criminal Court Act. 2001. [En línea]. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/contents> (Consulta: 15 de agosto de 2011).

República Federal de Suiza. Fedreal Assembly of the Swiss Confederation. Federal Law on Cooperation with the International Criminal Court (CICCL), Circle of 22 June 2001. [En línea]. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/14FDF2D4-B7D6-426A-9087-2FD603C31699/257799/381811.PDF>. (Consulta: 5 junio de 2011).

Republica de Filipinas. Congreso de la República. Ley de implementación del Estatuto de Roma y de la Cooperación con la Corte Penal Internacional. Republic Act No. 9851: An Act Defining And Penalizing Crimes Against International Humanitarian Law, Genocide And Other Crimes Against Humanity, Organizing Jurisdiction, Designating Special Courts, And For Related Purposes. Metro Manila, 27 de Julio de 2009. [En línea]: Disponible en: http://www.coalitionfortheicc.org/documents/Republic_of_the_Philippines.pdf >. (Consulta: 11 de septiembre de 2011).

África

República de Uganda. Congreso de la República de Uganda, Suplemento de la Carta a la Gaceta de Uganda, No 67 de Volumen XCVIX, datado el 17 de noviembre de 2006. [En línea]. Disponible en: http://www.coalitionfortheicc.org/documents/Uganda-ICC_Bill_2006.pdf. (Consulta: 9 de septiembre de 2011).

Republic of Kenia, Pairlament, An Act of Parliament to make provision for the punishment of certain international crimes, namely genocide, crimes against humanity and war crimes, and to enable Kenya to co-operate with the International Criminal Court established by the Rome Statute in the performance of its functions. [En línea]. Disponible en: http://www.iccnw.org/documents/The_International_Crimes_Act_2008.pdf (Consulta: 13 de enero de 2012).

Republique du Mali. Assemblée Nationale. LOI N°-01- 079 Du 20 Août 2001 Portant Code Penal, Journal Officiel Quarante troisième Année 1er Février 2002. [En línea]. Disponible en : <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Mali/mali%20-%20code%20penal.pdf>. (Consulta: febrero 3 de 2012).

Republique Democratique du Congo. Projet de Loi Portant Mise En Œuvre Du Statut de la Cour Penale Internationale Tel Que Modifie Par Le Plaidoyer Organise Par Le Ministere de la Justice de La Republique Democratique du Congo du 21 Au 23 Octobre 2002 A Kinshasa Et Les 24 Et 25 Octobre 2002 A Lubumbashi.

Republique du Senegal. Loi 2007-05 du 12 Février 2007 modifiant le Code de la Procédure Pénale de la relative à la mise en oeuvre du Traité de Rome instituant la Court pénale internationale. [En línea]- Disponible en: http://www.iccnw.org/documents/Loi_2007_05_du_12_Fev_2007_modifiant_le_Code_de_Procedure_penale_senegal_fr.pdf. (Consulta: 16 de diciembre de 2011).

Replubic of South African, Pairlamente, No. 27 of 2002: Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, 2002. P Government Gazzette No 23642. [En línea]: South African Government Information <http://www.info.gov.za/acts/2002/a27-02/index.html>. (Consulta : 20 de Octubre de 2012).

IV. Doctrina

1. Obras generales, monografías y artículos

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín. La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Internacionales: ¿Tiempos de Ingeniería Jurisdiccional?. En: CARRILLO SALCEDO, J.A. Criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 398-423.

AMBOS, Kai. Cooperación y Asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2007.

AMBOS, Kai. La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania. En: AMBOS, MALARINO Y WOISCHNIK. Dificultades Jurídicas y Políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Bogotá: Temis, 2007. pp. 34-42.

AMBOS, Kai. Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

AMBOS, Kai. La parte general del derecho penal internacional: Bases para una elaboración dogmática. Bogotá: Temis 2006.

AMBOS, Kai. Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho Penal Internacional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

Ambos, Kai. Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional. Bogotá: Ed. Gustavo Ibáñez, 2004.

AMBOS, Kai. Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia del Ex presidente peruano Alberto Fujimori. En: AMBOS, Kai y MEINI, Iván. (Editores) La autoría mediata. El caso Fujimori. Bogotá: Ed. Axel, 2011.

AMBOS, Kai. El caso alemán. En: Imputación de crímenes de los subordinados a los dirigentes. Bogotá: GIZ-Temis, 2009.

AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (editores). Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. Montevideo: KAS, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003.

AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel. Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional con informes adicionales de España e Italia. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung. 2008.

AMBOS, Kai y MALARINO Ezequiel (Editores). Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. Montevideo: Instituto Max Planck, KAS. 2003.

AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel, WOISCHNIK, Jan. Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Contribuciones de América Latina y Alemania. Bogotá: Georg-August-Universität- Göttingen, KAS, Temis, 2007.

AMBOS Kai y GUERRERO Oscar Julián (Compiladores). El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

AMBOS, Kai (coordinador). La Nueva Justicia Penal Supranacional: Desarrollo post- Roma. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

AMBOS, Kai y Meini, Iván (editores). La autoría mediata: el caso Fujimori. Bogotá: Ediciones Axel, 2011.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. Derecho Penal Internacional. Madrid: Editorial Tirant Lo Blanch, 2001.

ANELLO, Carolina Susana. Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma (17/7/98): composición, organización, jurisdicción, competencia, interrelación con las Naciones Unidas, cooperación de los Estados Partes, normativa penitenciaria internacional, régimen de ejecución de las penas, tratamiento de los reclusos: protección de la persona. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2003.

APONTE CARDONA, Alejandro. Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia. Göttingen (Alemania): Georg-August-Universität, 2007.

APONTE CARDONA Alejandro. Persecución Penal de Crímenes Internacionales: Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Ibáñez, Konrand Adenauer Stiftung, 2011.

APONTE CARDONA, Alejandro. Caso Colombia. En: AMBOS, Kai y Malarino Ezequiel (Editores). Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. Montevideo: Instituto Max Planck, KAS. 2003, pp. 201-258.

ARMENTA DEU, Teresa. La comunicación entre la Corte Penal Internacional y los Estados. En: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México: Memorias del Foro sobre la Soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional. Toluca (México): Instituto Literario, 2002.

ARRACHE MURGUÍA, José Gerardo. De la Corte Internacional Y La Jurisdicción Internacional; Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil No 18, 2005.

BASSIOUNI, M. Cherif. (ed.) International Criminal Court, Ratification and national implementing legislation. Association Internationale de Droit Penal, 1999.

BASSIOUNI, M. Cherif. The Statute of the International Criminal Court: a documentary history. New York: Transnational Publishers, 1998.

BENSON CHINEDU, Olugbuo. Domestic Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court: A Comparative Analysis Of Strategies In Africa. Western Cape: Faculty of Law, University of the Western Cape, 2003.

BLANC ALTEMIR, Antonio. La violación de los derechos humanos como crimen internacional. Barcelona: Bosch, 1990.

BOLLO AROCENA, María Dolores. Derecho internacional penal: Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2004.

BROOMHALL, Bruce. La Corte Penal Internacional: Visión general y la cooperación con los Estados. En: Corte Penal Internacional, ratificación e implementación nacional. Toulouse: Nouvelles Etudes Pénales, Asociación Internacional de Derecho Penal, 1999.

BONO, Andrea Marina. Principio de complementariedad, según el Estatuto de Roma. Ciudad de Guatemala: Universidad Francisco Marroquín Facultad de Derecho, 2004.

BUERGENTHAL, Thomas. Tratados Auto-Ejecutables y no Auto-Ejecutables en el Derecho Nacional y el Derecho Internacional. Traducción de Carlos Armando Figueredo Planchart. Extracto de Recueil des Cours, Volumen 235 (1992-IV).

BUJOSA VADELL, Lorenzo. La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional. Barcelona: Atelier, 2008.

BUJOSA VADELL, Lorenzo (coord.). Hacia un verdadero espacio judicial europeo: Perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea. Granada (España): Ed. Comares, 2008.

CAMACHO SERRANO, Julia. Procedimientos de Cooperación de los tribunales Penales Españoles con la Corte Penal Internacional. Justicia: Revista de Derecho Procesal Numero 3-4 de 2006; Departamento de Derecho Penal y Procesal. Facultad de Derecho de Universidad de Sevilla.

CAPELLÁ i ROIG, Margalida. La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

CARRILLO OSPINA, Martha Patricia. La Corte Penal Internacional y los acuerdos bilaterales de no entrega de personas propuesto por los Estados Unidos de América. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

CASSESE, Antonio y DELMAS-MARTY, Mireille (editores). Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales. Bogotá: Editorial Norma S.A., 2004.

COMELLAS AGUIRREZABAL, María Teresa. La Jurisdicción Universal en España tras la reforma de 2009: Racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad. En: Anuario Español de Derecho Internacional. Vol. 26/2010 61-110. Septiembre de 2010.

CORCUERA CABEZUT, José Santiago y GUEVARA BERMÚDEZ, Antonio. Justicia penal internacional. Madrid: Universidad Iberoamericana, 2001.

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 Ibáñez, 2001.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. La sanción de los crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos en períodos de transición: Un análisis a la sombra de la última experiencia iberoamericana. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille, PIETH Mark y SIEBER Ulrich (Directores). Los caminos de la armonización penal. Valencia: Titrant lo Blanch, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. Los procesos de interacción. En: DELMAS-MARTY, Mireille, PIETH Mark, SIEBER Ulrich (Directores). Los caminos de la armonización penal. Valencia: Titrant lo Blanch, 2009, pp.527-545.

DELMAS-MARTY, Mireille. Los modelos de armonización. En: DELMAS-MARTY, Mireille, PIETH Mark, SIEBER Ulrich (Directores). Los caminos de la armonización penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp.546-553.

DÍEZ DE VELASCO. Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos, 1999.

DRNAS DE CLÉMEN, Zlata. Principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Incoherencias Sistémicas. Córdoba (Argentina): Universidad Nacional de Córdoba, Anuario Argentino de Derecho Internacional, Vol. XI, año 2001.

DURGARD John. *International Law: A South African perspective*. 2ª. ed. Claremont: Juta Law. 2000.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional. En: GARCÍA ARÁN, Mercedes y LÓPEZ GARRIDO, Diego (Coords.). *Crimen internacional y jurisdicción universal: El caso Pinochet*. Valencia: Titant lo Blanch, 2000, pp. 224-269.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. El principio de complementariedad. En: YÁÑEZ BARBUENO, Juan Antonio. (Coord.): *La justicia penal internacional una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Casa América, 2000.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la Corte Penal Internacional: La resolución 1422 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y los Acuerdos Bilaterales celebrados por Estados Unidos. En: R.E.D.I., Vol. LIV, n° 2, 2002, pp. 999-1003.

ESER, Albin. En el camino hacia una Corte Penal Internacional: formación y estructura del Estatuto de Roma. En: *El Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus implicaciones en el derecho nacional de los países latinoamericanos*. México D.F.: Max-Planck, Cepolcrim, 2004.

FERNÁNDEZ, SANDOVAL, Jaime y ABELLO GUAL, Jorge. La Corte Penal Internacional y la salida negociada al conflicto armado. En: *Revista de Derecho, División de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte (Barranquilla)*, N° 25, 2006: ISSN: 0121-8697, pp. 3-46.

FLORES AGUIRRE, Xavier A. La Complementariedad de La Corte Penal Internacional: Algunas perspectivas jurídicas desde el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En: *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Vol. No 17, 2004.

FORER Andreas, LÓPEZ Claudia. (Coord. Profis), *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá: GTZ, Embajada de la República Federal de Alemania, 2010.

FRONZA, Emanuela y MALARINO, Ezequiel. El efecto armonizador del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En: DELMAS-MARTY, Mireille, PIETH Mark, SIEBER Ulrich (Directores). Los caminos de la armonización penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp.79-96.

FRULLI, Micaela. El derecho internacional y los obstáculos a la implementación de la responsabilidad penal por crímenes internacionales. En: CASSESE, Antonio y DELMAS-MARTY, Mireille (editores). Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales. Bogotá: Editorial Norma S.A., 2004, pp. 297-360.

GAETA, Paola. Las normas internacionales sobre los criterios de competencia de los jueces nacionales. En: CASSESE, Antonio y DELMAS-MARTY, Mireille (editores). Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales. Bogotá: Editorial Norma S.A., 2004, pp. 263-295.

GARCÍA ARÁN, Mercedes y LÓPEZ GARRIDO, Diego (Coords.). Crimen internacional y jurisdicción universal: El caso Pinochet. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

GARCÍA ARDEN, Mercedes. Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional. En: Libro en homenaje al profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo, Catedrático de Derecho Penal. Madrid: Civitas S.A., 2005.

GARCÍA V., Mauricio, JARAMILLO P., Juan Fernando, RODRÍGUEZ V., Andrés Abel, UPRIMNY Y., Rodrigo, Los orígenes del constitucionalismo moderno en Inglaterra. En: Teoría Constitucional, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 58.

GARCÍA VARGAS, Ivo. La Corte Penal Internacional inaugura un nuevo tipo de relaciones en la comunidad de naciones. En: Revista Iusta, Universidad Santo Tomás de Bogotá, Núm. 21, Agosto 2004, pp. 45-57.

GIL GIL, Alicia. Derecho penal internacional: Especial consideración del delito de genocidio. Madrid: Tecnos S.A., 1999.

GIL GIL, Alicia. España. En: Imputación de crímenes de los subordinados a los dirigentes. Bogotá: GIZ-Temis, 2009.

GIL GIL, Alicia. España. En: AMBOS, K., MALARINO, E. y ELSNER, G. Justicia de Transición. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung y Georg – August - Universität – Göttingen. 2009.

GIMENO CENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal. 2ª. Ed. Madrid: Colex, 1977.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luí. El Tribunal Penal Internacional: Investigación y acusación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GUZMÁN José Luis. Caso Chile. En: AMBOS, MALARINO, WOISHCNIK (editores). Dificultades Jurídicas y Políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma, Bogotá: Temis, 2007. pp. 171-196.

HERENCIA CARRASCO, Salvador. Caso Ecuador. En: AMBOS, MALARINO, WOISHCNIK (editores). Dificultades Jurídicas y Políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma. Bogotá: Temis, 2007. pp. 237-294.

IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J. El Sistema Penal del Estatuto de Roma. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. Hacia una jurisdicción internacional obligatoria en el siglo XXI. El Estatuto del TPI adoptado el Roma el 17 de julio de 1998. Studia Carande. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas n° 3, Instituto Ramón Carande, 1999, pp. 103-131. P. 120-122.

KARAYÁN, Mónica. La Cooperación con una Corte Penal Internacional Permanente. En, AMBOS, Kai (coordinador). La Nueva Justicia Penal Supranacional: Desarrollo post- Roma. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp.343-371.

KAUL, Hans-Peter y KREß, Claus. Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Principios y compromisos. En, AMBOS, Kai (coordinador). La Nueva Justicia Penal Supranacional: Desarrollo post-Roma. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 297-341.

LIROLA DELGADO, Isabel y MARTIN MARTÍNEZ, Magdalena. La Corte Penal Internacional: Justicia versus impunidad. Barcelona: Ariel S.A., 2001.

MALARINO, Ezequiel. Evaluación comparativa. Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma a la luz de la experiencia latinoamericana. En: AMBOS, MALARINO, WOISHCNIK (editores). Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Bogotá: Temis – KAS. 2007. pp. 489-512.

MALARINO, Ezequiel. El caso argentino. En: Imputación de crímenes de los subordinados a los dirigentes. Bogotá: GIZ-Temis, 2009.

MURPHY, Sean D. U.S. Bilateral agreements relating to ICC. En: American Journal of International Law. Vol. 97, n° 01, Enero de 2003, pp. 567-576.

MURPHY, Sean D. Efforts to obtain immunity from ICC for U.S. peacekeepers. En: The American Journal of International Law, Vol. 96, No. 03, Julio 2002, pp. 725- 729.

OLÁSULO ALONSO, Héctor. Corte Penal Internacional ¿Dónde Investigar?: Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

OLÁSULO ALONSO, Héctor. Ensayos sobre la Corte Penal Internacional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, 2009.

OLÁSULO ALONSO, Héctor. Apuntes prácticos sobre el sistema de cooperación previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En: OLÁSULO ALONSO, Héctor. Ensayos sobre la Corte Penal Internacional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, 2009, pp. 131-162.

OLÁSULO ALONSO, Héctor. Reflexiones sobre la necesidad de ajustar las legislaciones nacionales de cooperación con la Corte al marco procesal del Estatuto de Roma. En: OLÁSULO ALONSO, Héctor. Ensayos sobre la Corte Penal Internacional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, 2009, pp. 163-218.

OLÁSULO ALONSO, Héctor. Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional. En Olásulo A., Héctor. Ensayos sobre la Corte Penal Internacional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, pp. 71-128.

OLÁSULO ALONSO, Héctor. El desarrollo en Derecho Penal Internacional de la coautoría mediata. En: Derecho penal contemporáneo, número 27, 2009, pp. 27-63.

OROZCO MONCADA, Natalia Catalina. La competencia complementaria de la Corte Penal Internacional frente a la ley de justicia y paz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

PABÓN REVEREND, Javier Darío. La entrega en el contexto de la Corte Penal Internacional: ¿Hacia un nuevo concepto de extradición?. Bogotá: Universidad del Rosario 2008.

PARENTI, Pablo. Caso Uruguay. En: AMBOS, MALARINO, WOISHCNIK (editores). Dificultades Jurídicas y Políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma, Bogotá: Temis, 2007, p. 50.

PASTOR, Daniel. Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Justicia Penal Internacional: Reflexiones acerca del delito político, extradición y amnistía. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Directora). El Principio de Justicia Universal: Fundamentos y Límites. Valencia: Tirant lo Blanch.

PIETH, Mark. La armonización del derecho penal: La prevención de la corrupción como caso de estudio. En: DELMAS-MARTY, Mireille, PIETH Mark, SIEBER Ulrich (Directores). Los caminos de la armonización penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 293-330.

PROST, Kimberly, and SCHLUNK, Angelika. Article 98, En: Triffterer, O. (ed): The Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article. Baden- Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. pp. 1131 y ss.

POZO SERRANO, Pilar. Medidas nacionales adoptadas para la ratificación y la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: un balance provisional. Valencia: Universidad de Valencia, Anuario de Derecho Internacional, Vol. 19, 2003, pp. 299-346.

QUESADA ALCALÁ, Carmen. La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La elusión constitucional: Una política de evasión del control constitucional en Colombia. 2ª edición. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La elusión constitucional: Una política de evasión del control constitucional en Colombia. Bogotá: Universidad del Rosario, 2ª edición, 2009.

RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia. Bogotá: GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal Alemana, 2011.

RIENSENFELD, Stefan A, y ABBOT Frederick. The scope of U.S. control over the conclusion and operation of treaties. En: Parliamentary Participation in the making and operation of treaties: a comparative study, Netherlands, Ed. Nijhoff. 1994.

RODRÍGUEZ PINZÓN Diego, MARTÍN Claudia y OJEDA QUINTANA Tomás. La dimensión internacional de los derechos humanos. Washington: BID, American University, 1999.

RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional: Fuerzas Armadas y Derechos Humanos. ¿Es posible alcanzar el equilibrio?. Miño y Dávila (Editores), Sevilla, 2000, pp. 23-34.

RODRÍGUEZ VILLASANTE y Prieto, José Luis, y PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. En: VALLADARES, Gabriel Pablo (Comp.). Lecciones y Ensayos. Derecho

internacional humanitario y temas de áreas vinculadas. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

SANÍN BETANCOURT, Amalia. El nuevo código penal y el derecho internacional humanitario en el contexto colombiano. En Valladares, Gabriel Pablo (comp.). Lecciones y Ensayos. Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003

ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Madrid: Marcial Pons. 7ª. ed., 2000.

ROXÍN, Claus. La Autoría mediata por dominio de la organización. En Problemas actuales de la dogmática penal. Lima: Ara, 2004.

SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime y ABELLO GUAL Jorge. Estudio político-criminal y dogmático de los principios y garantías del Estatuto de Roma. En: Revista de Derecho de la Universidad del Norte. N° 26, Barranquilla, 2006 ISSN: 0121-8697, pp. 137-204.

SAN MIGUEL, Rocío. Caso Venezuela. En, AMBOS, MALARINO, WOISHCNIK (editores). Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación e implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Montevideo: Fundación Konrad- Adenauer, 2006. pp. 449-488.

SCHNEIDER, Jan; TABORDA, Francisco. 2011. Alcance de la declaración colombiana según el artículo 124 del Estatuto de Roma. En: Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte, núm. 36. Julio 2011, pp. 297-329.

SIEBER, Ulrich. Los factores que guían la armonización del derecho penal. En: DELMAS-MARTY, Mireille, PIETH Mark, SIEBER Ulrich (Directores). Los caminos de la armonización penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp.481-526.

STRIJARDS, Gerard. Article 103. Role of States in enforcement of sentences of imprisonment, En: TRIFFTERER, O. (ed): Comentary on the Rome Statute

of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article. Baden- Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. pp. 1060-1063.

TRIFFTERER, Otto, AMBOS, kai. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. En: Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 2004.

VALENCIA VILLA, Alejandro. Derecho Internacional Humanitario: Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.

VALENCIA VILLA, Alejandro (compilador). Compilación de Derecho Penal Internacional. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003.

VALLADARES, Gabriel Pablo (Comp.). Lecciones y ensayos. Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

VIADA, Natacha G. Derecho Penal y Globalización: Cooperación Penal Internacional. Madrid: Marcial Pons, 2009.

WERLE, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional. Valencia: Tirant lo Blanch. 2005.

2. Documentos Electrónicos.

ALPER, Çinar and VAN NIEKERK Sander, Implementation of the Rome Statute in the Netherlands students of law at the University Maastricht. [En línea]. Disponible en: <<http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=8855>>. (Consulta: 19 de Junio de 2011).

AMBOS, Kai. La Implementación Del Estatuto De La Corte Penal Internacional En Alemania, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. [En línea]. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-17.pdf>>. (Consulta: 13 junio de 2011).

AMBOS, Kai. Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y Realpolitik. [En línea]- Disponible en: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_15.pdf>. (Consulta: 17 de Junio de 2011).

AMBOS, Kai. El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma); Georg-August-Universität Göttingen; InDret Revista para el www. Indret.com ; Análisis del Derecho Barcelona, Abril de 2010. [En línea]. Disponible en: <<http://www.indret.com/pdf/727.pdf>>. (Consulta: 18 de julio de 2011).

AMNISTÍA INTERNACIONAL. Corte Penal Internacional, Folleto 10: Cooperación de los Estados con la Corte. Documentación ONU. [En línea]. Disponible en: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR40/010/2000/en/54d33d8a-df5f-11dd-aaaa-7d9091d4638f/ior400102000es.pdf>>. (Consulta: 12 de Junio de 2011).

AMNISTÍA INTERNACIONAL. Declaraciones que constituyen Reservas Prohibidas al Estatuto de Roma. [En línea], 2005. Disponible en: <<http://www.amnesty.org/es/library/info/IOR40/032/2005/es>>. (Consulta: 2 de septiembre de 2013).

AMNISTIA INTERNACIONAL. Corte Penal Internacional. La elección de las opciones correctas en la conferencia de revisión. Edición en español a cargo de: Editorial Amnistía Internacional (EDAI). [En línea]- Disponible en: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR40/008/2010/en/5bad58cc-e7a8-4f5c-bf92_93f19d5085c1/ior400082010es.pdf>. (Consulta: 21 julio de 2011).

ARRACHE MURGUÍA, José Gerardo. Corte Penal Internacional y Jurisdicción Internacional. Universidad de Guanajuato. [En línea]. Disponible en: <<http://www.monografias.com/trabajos20/corte-penal-internacional/corte-penal-internacional.shtml?monosearch>>. (Consulta: 20 de julio de 2011).

AZZOLINI, Alicia. Las bases de la responsabilidad penal en el ámbito internacional: La problemática de la autoría. [En línea]. Biblioteca virtual de la UNAM. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx.>>. (Consulta: 11 julio de 2011).

BASSIOUNI, Cherif. Nota explicativa Sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Mesa de Trabajo Sobre formas de colaboración con la Corte Penal Internacional. Memoria del Foro Internacional: La Soberanía de los y la Corte Penal Internacional. [En línea]. Disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1530/15.pdf>>. (Consulta: 20 julio de 2011).

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE: Historia Ley No 20.352. Reforma Constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, 30 Mayo de 2009- [En línea]. Disponible en: <[URL:http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=1002776&idVersio=2009-05-30&dParte](http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=1002776&idVersio=2009-05-30&dParte)>. (Consulta, Junio 11 de 2011).

BUJOSA VADELL, Lorenzo. La Complementariedad de la Corte penal Internacional y la relatividad de la cosa juzgada. [En línea]. Biblioteca virtual del instituto de las ciencias Jurídicas la UNAM. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2562/36.pdf>>. (Consulta: 13 de julio de 2011).

CÁRDENAS A., Claudia. Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación. [En línea]. Facultad de Derecho Penal Universidad Católica del Norte. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_1_2.pdf>. (Consulta: 4 Julio de 2011).

COLLANTES, José Luís. La Corte Penal Impacto. El impacto del Estatuto de Roma en la jurisdicción sobre crímenes internacionales. [En línea].

Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-07.pdf>. (Consulta: 19 de julio de 2011).

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Cuestiones planteadas con respecto al Estatuto de la Corte Penal Internacional por las Cortes Constitucionales, la Cortes Supremas y los Consejos de Estados nacionales. [En línea]: Advisory Service on International Humanitarian Law. 01/2010. Disponible en: <<http://www.icrc.org/spa/assets/files/2012/issues--raised-regarding-rome-statute-icrc-01-2010-spa.pdf>>. (Consulta: 12 de junio de 2013)

DÍAZ PITA, María Paula. Concurrencia de Jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: Los Arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional. [En línea]. Revista Electrónica de Estudios Internacionales Universidad de Sevilla, Disponible en: <[http://www.reei.org/reei9/P.DiazPitas\(reei9\).pdf](http://www.reei.org/reei9/P.DiazPitas(reei9).pdf)>. (Consulta: 7 julio de 2011).

FERNÁNDEZ DE GUMERDI, Silvia. Formas de colaboración con la Corte Penal Internacional. Memoria Del Foro Internacional: La soberanía de los y la Corte Penal Internacional. [En línea]. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1530/14.pdf>>. (Consulta: 12 de julio de 2011).

GLOBAL INSTITUTE FOR THE PREVENTION OF AGGRESSION. Permanent Mission of the Principality of Lienchtenstein. To the United Nations, New York. Estado de Ratificación e Implementación de las Enmiendas de Kampala sobre el Crimen de Agresión. Actualización No. 6. Junio 4 de 2013. [En línea]. Disponible en: www.crimenofaggression.info. (Consulta: Agosto 6 de 2013).

GÓMEZ ROBLEDO, Alfonso. Notas sobre el principio de complementariedad y el crimen de agresión en el marco de la Corte Penal Internacional- [En línea]. Disponible en: [www.juridicas.unam.mx]. (Consulta: 25 de junio de 2011).

HOLMES, Jhon. Las órdenes nacionales y la Corte Penal Internacional: Memoria del foro internacional la soberanía de los y la Corte Penal

Internacional. [En línea]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1530/10.pdf>. (Consulta: 20 julio de 2011).

MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro. [En línea]. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. XI, 2011. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/art/art9.pdf>. (Consulta: 19 de julio de 2013).

ODELLO, Marco. La Corte Penal Internacional y las legislaciones nacionales: Relación entre Derecho Internacional y Derechos Nacionales. Revista Foro Nueva Época núm. 1/2005: 295-329. [En línea]. Disponible en: <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/der/16985583/articulos/FORO0404120347A.PDF>. (Consultado: 15 de septiembre de 2011).

OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo. La Corte Penal Internacional, la soberanía nacional y los principios generales del derecho penal. [En línea]: Biblioteca virtual de la UNAM. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx>. (Consulta: 10 julio de 2011).

PHILIPPE, Xavier. Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión. [En línea]: Cruz Roja Internacional: Revista Internacional de la Cruz Roja, Junio de 2006, No 862. Disponible en: [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckzy/\\$File/irrc_862_Philippe.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckzy/$File/irrc_862_Philippe.pdf). (Consulta: 7 de julio de 2011).

PONS RAFOLS, Xavier. La posición común del Consejo relativa a la Corte Penal Internacional. [En línea] En Revista General de Derecho Europeo, Yuste, N°2, Octubre de 2003. Disponible en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=401350&d=1. (Consulta: mayo 18 de 2013).

RAMÍREZ GARCÍA, Sergio. Principio de complementariedad en el Estatuto de Roma. [En línea]: Anuario de Derecho Internacional de México 2004. Disponible en:

<<http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/4/art/art5.pdf>>. (Consulta: 8 Julio de 2011).

SANTOS VILLARREAL, Gabriel Mario. Corte Penal Internacional. [En línea]: Congreso de la Unión Mexicana, Comisión de Investigación. Disponible en: <<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-10-10.pdf>>. (Consulta: 12 de Junio de 2011).

STRYDOM, Hennie. Sudáfrica y la Corte Penal Internacional. [En línea]: Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 6. Disponible en: <http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/strydom_6.pdf>. (Consulta: 2 de julio de 2011).

SOLERA, Oscar. Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional. [En línea]: Revista Internacional de la Cruz Roja N° 845; 1-03-2002. Disponible en: <<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5tdqk7?opendocument>>. (Consulta: 9 de julio de 2011).

TINOCO PASTRANA, Ángel. El modelo procesal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, 2004, Issue; [En línea]. Disponible en: [<http://www.bases.unal.edu.co:2108/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=7&hid=8&sid=1273e21b-43ff-42e1-8373-fba9f906fc81%40sessionmgr12>]. (Consulta: 9 de Julio de 2011).

TORO HUERTA, Mauricio Iván. Estrategia contra la Impunidad: El deber de Justicia Penal y el Principio de Complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. [En línea]: Facultad de Derecho de la UNAM. Disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2132/19.pdf>>. (Consulta: 9 julio de 2011).

VALDEZ RIVEROLL María. Principio de complementariedad en la Corte Penal Internacional. [En línea]: Universidad Iberoamericana. Disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/479/26.pdf>>. (Consulta: 2 de Julio de 2011).

VERGARA ACOSTA, Bolívar. El Ecuador y la implementación del Estatuto de Roma en el Derecho Interno, y otras cuestiones de Derecho Penal

Internacional. [En línea]: Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Guayaquil. Disponible en: <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=121&Itemid=65>. (Consultada el 5 de julio de 2011).

VARIOS autores. La Justicia Penal Internacional: Una Perspectiva Iberoamericana. [En línea]: Casa de América: ISBN: 84-88490-42-9 (2001). Disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=179>>. (Consulta: 5 de junio de 2011).

VIGURIA, CARLOS. Acuerdos Bilaterales de Inmunidad firmados entre Estados Unidos y países miembros de la OEA. [En línea] Disponible en <www.academia.edu/1826043>. (Consulta: 25 de mayo de 2013).

WENQI, Zhu. Acerca de la cooperación de los Estados que no son partes en la Corte Penal Internacional. [En línea]: Revista Internacional de la Cruz Roja 31-03-2006 No. 861. Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_861_wenqi.pdf>. (Consulta: 10 de Junio de 2011).

WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florián. La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El código penal internacional alemán. [En línea]: Revista Juristenzeitung (JZ), Universidad de Humboldt, 15/16 (2002), p. 132. Disponible en: <www.ciencias.penales.net>. (Consulta: 23 de junio de 2011).

WIPPMAN, David. No sobreestimar a la Corte Penal Internacional [En línea]: Isonomía-Publicaciones periódicas. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. N° 20, abril 2004. Disponible en: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/03697399900447539732268/Isonomia01.pdf>>. (Consulta: 24 Junio de 2011).

V. Documentación

Consejo de la Unión Europea. Posición común 2001/443/PESC (11 de junio de 2001)

Consejo de la Unión Europea. Posición común 2002/474/PESC (20 de junio de 2002)

Consejo de la Unión Europea. Posición común 2003/444/PESC (16 de junio de 2003)

Consejo de la Unión Europea Decisión 2011/168/PESC (21 de marzo de 2011)

Consejo de la Unión Europea: Asuntos Generales y Relaciones Exteriores. Adoptados en la Sesión 2450 Bruselas, 30 de septiembre de 2002. Principios rectores de la UE en relación con los Acuerdos entre un Estado Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estados Unidos, relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte; En Línea: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/12134_02es.pdf]; Tomado el 6 de julio de 2011).

Corte Penal Internacional, Secretaría de la Asamblea de los Estados Partes. Selección de documentos básicos relacionados con la Corte Penal Internacional. 3ª. ed. La Haya: Ipskamp, 2011.

Corte Penal Internacional. Texto negociado del proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas. [En Línea]. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/018E54FF-6C63-452B-9352-8BA65E810418/140437/ICCASP315_relationship_agreement_Spanish.pdf>. (Consulta: 2 de Junio de 2011).

Corte Penal Internacional. Acuerdo entre la Corte Penal Internacional y el Comité Internacional de la Cruz Roja en las visitas a personas privadas de libertad en virtud de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. [En línea]. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A542057C-FB5F-4729-8DD4-8C0699DDE0A3/140159/ICCPRES020106_English.pdf>. (Consulta: 8 de junio de 2011).

Corte Penal Internacional. Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y del Tribunal Penal Internacional para la ejecución de las penas impuestas por la Corte Penal Internacional. [En línea]. Disponible en: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C540B3EF-F3FF-4AD0->

[93F5-DA85E96B1522/0/ICCPres040107ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6EB80CC1-D717-4284-9B503CA028E155B/140157/ICCPRES010106_English.pdf)>. (Consulta: 12 de junio de 2011).

Corte Penal Internacional. Acuerdo entre la Corte Penal Internacional y la Unión Europea sobre Cooperación y Asistencia. [En línea]. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6EB80CC1-D717-4284-9B503CA028E155B/140157/ICCPRES010106_English.pdf>. (Consulta: 4 de Junio de 2011).

Corte Penal Internacional. Acuerdo entre la Corte Penal Internacional y el Gobierno Federal de Austria sobre la ejecución de las sentencias de la Corte Penal Internacional: [En línea]: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/975246DC-383B-42EF-A78B-D0773BEB20A4/140155/ICCPRES010105_en.pdf>. (Consulta: 9 de Junio de 2011).

Corte Penal Internacional. Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y del Tribunal Penal Internacional para la ejecución de las penas impuestas por la Corte Penal Internacional. [En línea]. Disponible en: [<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C540B3EF-F3FF-4AD0-93F5-DA85E96B1522/0/ICCPres040107ENG.pdf>]. [Consulta: 12 de junio de 2012].

Corte Penal Internacional. Acuerdo entre Sudáfrica y la Corte Penal Internacional para la ejecución de las penas impuestas por la Corte Penal Internacional. No. 27 of 2002: Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, 2002 Vol. 445 Cape Town 18 July 2002 No. 23642. [En línea]: Disponible en: <<http://www.coalitionfortheicc.org/documents/SouthAfricaLegEng2002.pdf>>. (Consulta: 31 de agosto de 2011).

Corte Penal Internacional. Oficina del Fiscal. Situación de Colombia. Reporte intermedio. Noviembre de 2012.

Corte Penal Internacional. Ninth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to Unscr 1593 (2005); [En línea]. Disponible en: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6FE9E52-4845-41BA-A45D->

[75BA41D8647C/280448/9th_UNSCReport_Eng1.pdf](#)> Tomado el 22 de Junio de 2010.

Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre la labor realizada en su 51º período de sesiones, 3 de mayo a 23 de julio de 1999-, A/54/10, cap. VI. C.1.1. Disponible en <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/254/45/pdf/N9925445.pdf?OpenElement>. Consultado en septiembre 2 de 2013).

Federación Internacional de los Derechos Humanos: Informe de Posición nº8 Corte Penal Internacional. No a la Excepción Norteamericana, nº 345/3, p. 12.

International Criminal Court. Implementation of the Rome Statute in the Netherlands. [En línea]. Disponible en: <<http://www.coalitionfortheicc.org/documents/NL.IntCrAct.pdf>>. (Consulta: 23 de agosto de 2011).

N.U.Doc. A/39/10. Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre los trabajos del 36º período de sesiones, 7 de mayo -24 de julio de 1984, ,p.32.

N.U. A/CONF.183/9.

N.U.A/CONF.144/28/Rev.1.

UN Doc A/RES/2391.

UN Doc A.60/177

República de Colombia. Ministerio de Relaciones Exteriores. DIDHD No. 29955/1316. Mayo 20 de 201.

Tratado Modelo de Naciones Unidas sobre Asistencia Recíproca Mutua en Asuntos Penales y la Convención de Naciones Unidas de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas. (N.U.Doc. E/CONF. 182/15, artículo 7).

VI. JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia nacional

República de Colombia. Corte Constitucional.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-226 del 17 de junio de 1993.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C- 176 del 12 de abril de 1994.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-179 del 13 de abril de 1994.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-578 del 4 de diciembre de 1995.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-327 del 10 de julio de 1997.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-400 del 10 de agosto de 1998.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-785 del 13 de octubre de 1999.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-739 del 22 de junio de 2000.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-878 del 12 de julio de 2000.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-996 del 2 de agosto de 2000.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-177 del 14 de febrero de 2001.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-330 del 20 de marzo de 2001.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-551 del 30 de mayo de 2001.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-317 del 2 de mayo de 2002.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-578 del 30 de julio de 2002.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-580 del 31 de julio de 2002.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-067 del 4 de febrero de 2003.

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión de tutelas, sentencia T-227 del 27 de marzo de 2003.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-750 del 24 de julio de 2008.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-488 del 22 de julio de 2009.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-801 del 10 de noviembre de 2009.

Corte Constitucional, Sala Plena, Auto A-288 del 17 de agosto de 2010.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-620 del 18 de agosto de 2011. Aclaración de Voto del Magistrado Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-290 del 18 de abril de 2012.

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 23825, providencia del 7 de marzo de 2007.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 26945, providencia de 11 de julio de 2007.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 29472, auto de segunda instancia del 10 de abril de 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 30510, providencia del 11 de marzo de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 31914, providencia del 27 de julio de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 26657, providencia del 19 de agosto de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 29640, providencia del 16 de septiembre de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No 32022, providencia del 21 de septiembre de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 32672, providencia del 3 de diciembre de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 27941, providencia del 14 de diciembre de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 31582, providencia del 22 de diciembre de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 29753, providencia del 27 de enero de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Penal. Proceso con radicado No. 32568, providencia del 17 de febrero de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 38805, providencia del 23 de febrero de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 31195, providencia del 24 de febrero de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 32786, providencia de 17 de marzo de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 27032, providencia de 18 de marzo de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 33731, providencia del 24 de marzo de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 31529, providencia del 14 de abril de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 32794, providencia del 4 de mayo de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 32712, providencia del 5 de mayo de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 32829; providencia del 12 de mayo de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 29200, providencia del 12 de mayo de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No.33118, providencia del 13 de mayo de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 33972, providencia del 9 de junio de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 33405, providencia del 9 de junio de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 33306, providencia del 28 de julio de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 34567, providencia del 28 de julio de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 26585, providencia del 17 de agosto de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 28835, providencia del 15 de septiembre de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso con radicado No. 34653, providencia del 27 de septiembre de 2010.

2. Jurisprudencia internacional:

Corte Internacional de Justicia

Corte Internacional de Justicia. Asunto relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo vs. Bélgica) (2002), sentencia del 14 de febrero de 2002. Disponible en <<http://www.icj-cij.org>>, (Consulta: 25 abril 2012).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001, fondo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 comerciantes vs. Colombia. Sentencia del 5 de julio de 2004, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia del 1° de julio de 2006, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

Corte Penal Internacional

Corte Penal Internacional (ICC-01704017071). Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión del 30 de septiembre de 2008.

Corte Penal Internacional (ICC-01/04-01/06-8). Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo. Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión del 24 de febrero de 2006.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Tadic, Sala de Apelaciones, decisión del 2 de octubre de 1995.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Tadic, Sala de Primera Instancia, sentencia del 7 de mayo de 1997.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Tadic, Sala de Apelaciones, sentencia del 15 de julio de 1999.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Kupreskiv´, Sala de Primera Instancia, sentencia del 14 de enero de 2000.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Tadic, Sala de Apelaciones, sentencia del 31 de enero de 2000.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Furundzija, Sala de Apelaciones, sentencia del 21 de julio de 2000.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Kunarac, Sala de Apelaciones, sentencia del 22 de febrero de 2001.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Bagilishema, Sala de Primera Instancia, sentencia del 7 de junio de 2001.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Kristic´, Sala de Primera Instancia, sentencia del 2 de agosto de 2001.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Kvocka, Sala de Primera Instancia, sentencia del 2 de noviembre de 2001.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Blaskic´, Sala de Primera Instancia, sentencia del 3 de marzo de 2002.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Kunarac, Sala de Apelaciones, sentencia del 12 de junio de 2002.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Vasiljevic´, Sala de Primera Instancia, sentencia del 29 de noviembre de 2002.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Naletilic´ y Martinovic´, Sala de Primera Instancia, sentencia del 31 de marzo de 2003.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Hadzihasanovic y otros, Sala de Apelaciones, sentencia del 16 de julio de 2003.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Stanislav Galic, Sala de Primera Instancia, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Mitar Vasilkjevic, Sala de Apelaciones, sentencia del 25 de febrero de 2004.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Radoslav Brdanin, Sala de Primera Instancia, sentencia del 1° de septiembre de 2004.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Radoslav Brdanin, Sala de Apelaciones, Sentencia del 3 de abril de 2007.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Milan Milutinovic y otros, Sala de "Primera Instancia, sentencia del 26 de febrero de 2009.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Fiscal vs. Milomir Stakic', Sala de Primera Instancia II, sentencia del 31 de julio de 2003.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Tribunal Penal Internacional de Ruanda. Fiscal vs. Kanyabashi, Sala de Primera Instancia, providencia de junio 18 de 1997.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, Sala de Primera Instancia, sentencia del 2 de septiembre de 1998,

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Fiscal vs. Kayishema y Ruzindana, Sala de Primera Instancia, sentencia de 21 de mayo de 1999.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Fiscal vs. Bagilishema, Sala de Primera Instancia, sentencia del 7 de junio de 2001.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Fiscal vs. T. Bagosora, Sala de Primera Instancia, providencia de 12 de marzo de 1996.

3. Jurisprudencia Extranjera

(Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial (CSJ-SPE), Exp. No. AV 19.2001 (acumulado), 7 de abril de 2009, Casos Barrio Alto, La Cantuta y Sótanos SIE. [En línea]. Disponible en: <<http://www.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=10410&opcion=detalle>>. (Consultada el 21 de mayo de 2013);

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Primera Sala Penal Transitoria (CSJ-PSPT). Exp. No.19-2001-09-AV, 30 de diciembre de 2009, pár. 727 y 727. [En línea]. Disponible en: <<http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=inicio>>. (Consulta: 21 de mayo de 2013).

VII. Páginas Web Seleccionadas

<http://www.amicc.org>

<http://www.edai.org/>

<http://www.ejil.org/>

<http://www.fidh.org/>

<http://www.hrw.org/>

<http://www.icc-cpi.int>

<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>

<http://www.iccnw.org/publications/insight.htm>

<http://www.iccnw.org/resourcestools/rati,ptoolkit/nationalregionatools/>

<http://www.icrc.org/>

<http://www.iustel.com>

<http://www.justiucetribune.com/index.htm>

<http://www.trial.ch.org>

<http://www.un.org/icc/>

<http://www.un.org/ict/>

<http://www.un.org/icty/>