

ESTATUTO DE ROMA

4

Aspectos generales

Finalmente, frente a lo que tiene que ver con el Estatuto de Roma^{xxii}, su expedición constituye un verdadero hito en la historia legal y política del siglo xx, y la culminación del proceso de internacionalización de la protección de las personas por el derecho positivo, frente a las más graves violaciones de los derechos humanos²⁶⁴. Este proceso histórico no ha sido lineal, sino que se ha realizado gradualmente y ha tenido una aceleración particular en las últimas décadas. Algunos autores afirman que el Estatuto de Roma, las reglas de procedimiento y prueba²⁶⁵ y los elementos de los crímenes²⁶⁶ representan en la actualidad todo el derecho penal internacional²⁶⁷.

Frente al tema que nos ocupa, el relacionado con la competencia, está claro que la Corte Penal Internacional tiene competencia para investigar y juzgar

264 MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. "Presentación", en KAI AMBOS y OSCAR JULIÁN GUERRERO. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, D. C., Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 17.

265 REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA PARA LA APLICACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional*, suscrito en la ciudad de Nueva York del 13 a 31 de marzo de 2000 y del 12 a 30 de junio de 2000. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000).

266 ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional*, suscrito en la ciudad de Nueva York del 13 a 31 de marzo de 2000 y del 12 a 30 de junio de 2000. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000).

267 ENRICO, Amati, Matteo Costi Y Emanuela Fronza. "Introducción", en YEZID VIVEROS (ed.). *Introducción al Derecho Penal Internacional*, Bogotá, D. C., Universidad Libre, 2009, p. 48.

de manera complementaria^{xxiii} frente a los tribunales locales, los delitos de la más alta gravedad, siempre que éstos se cometan después de la entrada en vigor del Estatuto^{xxiv}.

Sobre estos juicios, históricamente, encontramos la Declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943, en la que Roosevelt, Churchill y Stalin advirtieron a los oficiales de la Alemania nazi que de no entregarse serían perseguidos judicialmente por los gobiernos aliados. En virtud de esta declaración, se aprobó en Londres el *Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo*²⁶⁸, el 8 de agosto de 1945, en el cual las potencias vencedoras, “actuando en defensa de los intereses de todas las Naciones Unidas”, pactaron la creación de un tribunal destinado exclusivamente al enjuiciamiento de los crímenes del nacionalsocialismo, ocultando los suyos propios.

Anexo a la *Carta de Londres* se promulgó el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*²⁶⁹, que le otorgó competencia a ese tribunal para conocer de tres tipos de conductas: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, artículo 6.

Es preciso señalar que durante el tiempo en el que se adelantaron los juicios de Núremberg, se expidió el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente²⁷⁰, en enero de 1946, y en cuyo artículo 5.c se contemplan los crímenes contra la humanidad de manera análoga al Estatuto de Núremberg.

Los llamados “Juicios de Tokio”, que tuvieron lugar entre el 3 de mayo de 1946 y el 12 de noviembre de 1948, nunca fueron confirmados por la Asamblea

268 ACUERDO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL. “Adoptado por el gobierno de los Estados Unidos de América, el gobierno provisional de la República Francesa, el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, para el enjuiciamiento y castigo de los principales criminales de guerra del eje europeo, en Londres, el 8 de agosto de 1945”

269 ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NÚREMBERG. “Adoptado por el gobierno de los Estados Unidos de América, el gobierno provisional de la República Francesa, el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, en nombre de las Naciones Unidas, en Berlín, el 6 de octubre de 1945”.

270 ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA EL JUZGAMIENTO DE LOS PRINCIPALES CRIMINALES DE GUERRA DEL LEJANO ORIENTE. “Adoptado por el gobierno de los Estados Unidos de América, el gobierno Provisional de la República Francesa, el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, en nombre de las Naciones Unidas, en Tokio, el 19 de enero de 1946”.

General de las Naciones Unidas, ya vigente para entonces. Cabe recordar que estos juicios, los cuales arrojaron 28 condenas, fueron aún más criticados que los de Núremberg, en primer lugar por una razón jurídica y garantista: el desconocimiento del principio de legalidad fue aún más flagrante que en Núremberg; y en segundo lugar por motivos políticos: el tribunal fue impuesto por el Ejército de los Estados Unidos, país que había bombardeado Hiroshima y Nagasaki tan solo un año antes²⁷¹. Con todo, a estos juicios se les debe la *doctrina Yamashita* sobre la responsabilidad penal del superior por los crímenes de guerra y lesa humanidad de sus subalternos, así como el juzgamiento de altos mandos militares del ejército imperial japonés por la llamada *Violación de Nanking*.

Ahora bien, la experiencia de Núremberg inauguró un proceso de codificación paulatina del derecho penal internacional que empezó con la promulgación de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*²⁷² en 1948.

A los Convenios de Ginebra de 1949²⁷³ le siguieron los *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg* y las sentencias de dicho Tribunal²⁷⁴, promulgados en 1950 por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

Con base en estos principios, la misma Comisión de Derecho Internacional redactó en 1954 un *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*²⁷⁵, en el cual consideró que los crímenes internacionales son delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y calificó de tales los actos de agresión;

271 CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO. "Los crímenes contra la humanidad en perspectiva histórica (1899-1946)", en RODRÍGUEZ, ALEJANDRO J. y PÉREZ VERA, ELISA (coord.). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, t. II, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005 "Los crímenes contra la humanidad en perspectiva histórica (1899-1946)", p. 852.

272 CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO. "Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 260A (III), de 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951 de conformidad con su artículo XIII"

273 "Aprobados por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger las víctimas de la guerra, el 12 de agosto de 1949. Entrados en vigor: 21 de octubre de 1950. Entrados en vigor para Colombia: 8 de mayo de 1962, en virtud de Ley 5 de 1960"

274 PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL RECONOCIDOS POR EL ESTATUTO Y POR LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE NÜREMBERG. "Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas y presentados a la Asamblea General de Naciones Unidas el 31 de diciembre de 1950".

275 PROYECTO DE CÓDIGO DE DELITOS CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD. "Texto aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 6º periodo de sesiones, celebrado en 1954, y presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas como parte del informe de la Comisión sobre la labor realizada en dicho periodo de sesiones".

el uso de la fuerza armada por fuera de los estrictos límites de la defensa nacional; la organización de bandas armadas para incursionar en otros territorios; el fomento de luchas civiles dentro del territorio de otro Estado; el genocidio; los actos inhumanos como el asesinato; el exterminio; la esclavitud; la deportación; entre otros.

Posteriormente, se introdujo una regla esencial para la investigación y juzgamiento de los crímenes contra la humanidad: la prohibición de prescripción de la acción penal. En 1968 se dicta la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*²⁷⁶, en la cual se ordena que no se prescriban los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

Ya en la década de 1990, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en vista de las atrocidades masivas cometidas en algunos territorios de África y Europa del Este, promovió el establecimiento *AD HOC* de tribunales penales internacionales para el juzgamiento de crímenes de guerra y de lesa humanidad: el *Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991*²⁷⁷, de 1993, y el *Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda*²⁷⁸, de 1994.

Ante los nuevos desafíos en materia de seguridad internacional y estabilidad política, en 1996, las Naciones Unidas aprobaron un nuevo *Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*²⁷⁹, que tuvo un alcance mayor a su homólogo de 1954. En este nuevo proyecto se afirma que los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes internacionales

276 CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. "Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, y entrada en vigor 11 de noviembre de 1970 de conformidad con el artículo VIII de la misma"

277 ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA JUZGAR A LOS PRESUNTOS RESPONSABLES DE GRAVES VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO COMETIDAS EN EL TERRITORIO DE LA EX-YUGOSLAVIA A PARTIR DE 1991. "Aprobado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, adoptado en su Resolución 827, de 25 de mayo de 1993".

278 ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. "Aprobado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, adoptado en su Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994".

279 PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD. "Informe aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 48º periodo de sesiones, celebrado entre el 6 de mayo y 26 de julio de 1996, presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas, y aprobado por esta en su Resolución 51/10, del 50º periodo de sesiones".

punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en las legislaciones internas. Vale la pena recordar que, además, regula el tema de la responsabilidad individual, separándola de la responsabilidad estatal (lo relativo al castigo), la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico, entre otros aspectos esenciales del derecho penal internacional actual.

Luego de Núremberg, Tokio, Ruanda y Yugoslavia, aparece en el escenario la Corte Penal Internacional del Estatuto de Roma²⁸⁰.

Esta Corte Penal Internacional tiene una primera característica fundamental y es que es complementaria de las jurisdicciones nacionales, tal y como lo establece el décimo párrafo del preámbulo²⁸¹ y en el artículo 1^{xxv}, siempre que, además de cumplir con los requisitos de competencia^{xxvi}, se cumpla con los de admisibilidad^{xxvii}.

Principios generales contenidos en el estatuto

Como es sabido, del Estatuto de Roma en adelante se da origen a la Corte Penal Internacional, una institución permanente, facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, expresamente mencionados y descritos en el Estatuto, a saber, el crimen de genocidio; los crímenes de lesa humanidad; los crímenes de guerra; y el crimen de agresión.

El Estatuto a su vez, junto a su acción de recordar que los Estados tienen el deber de ejercer jurisdicción penal contra los responsables de tales crímenes, afirma que la jurisdicción de la Corte es complementaria a las jurisdicciones penales nacionales.

Sin embargo, la jurisdicción de la Corte es personal, territorial y temporal, limitada a aquellos delitos que son de su competencia, cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto en el territorio de alguno de los Estados partes o perpetrado por alguno de sus nacionales. Puede también, conocer de aquellos casos que

280 Adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, Roma, el 17 de julio de 1998.

281 *ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL*. "Adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, Roma, el 17 de julio de 1998. Incisos 3º y 4º del Art. 93 de la Constitución Política de 1991, adicionados por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 2 de 2001 publicado en el Diario Oficial No. 44.663, de 31 de diciembre de 2001. Preámbulo. Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales".

involucran a Estados no partes del Estatuto cuando alguno de ellos acepte la jurisdicción de la Corte o cuando el caso sea remitido por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de conformidad al Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

Conforme al Artículo 21 del Estatuto, la Corte debe aplicar jerárquicamente las siguientes disposiciones: preferentemente las normas sustantivas y probatorias contenidas en el Estatuto; en segundo lugar, los tratados, los principios y las normas del derecho internacional aplicables; y en su defecto, los principios generales del derecho, incluso, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

El Estatuto, simultáneamente a la creación de la corte penal permanente -destinada conocer y juzgar los crímenes internacionales-, también dio origen a un nuevo código de derecho penal internacional²⁸², el cual, en palabras del gobierno alemán al momento de la ratificación del Estatuto, logró “reunir y desarrollar en una obra de codificación unificada el derecho penal internacional, teniendo en consideración los diferentes sistemas de derecho penal, con sus respectivas tradiciones, de los Estados miembros de las Naciones Unidas”²⁸³.

Los principales aspectos del derecho penal internacional -recogidos en el Estatuto- se encuentran consagrados en su tercera parte bajo la denominación “De los principios generales del derecho penal”, artículos del 22 al 33. En estos artículos se encuentran agrupados los principios del derecho penal que el Estatuto adoptó desde los diferentes sistemas jurídicos existentes con el objetivo de adecuarlos a las particularidades de los crímenes internacionales de su competencia, resguardando las garantías del debido proceso a los acusados, los que serán revisados a continuación.

Entre las principales garantías para el acusado, destacan la consagración de los principios *ne bis in idem* art. 20, *nullum crimen* y *nulla poena sine lege*, Artículos 22 y 23 respectivamente, y la irretroactividad *ratione personae*, del artículo 24. Por tanto, la Corte solo puede sancionar a una persona respecto de su participación en acciones u omisiones previstas en el Estatuto al tiempo de su

282 CRYER, Robert, Hakan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst. *Op cit.* p 144

283 Memorándum del gobierno federal alemán, citado por Ambos, Kai *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, p.35

comisión *lex scripta*, de manera clara *lex certa* y rigurosa *lex stricta* y únicamente si fueron cometidas tras su entrada en vigor *lex praevia*.

El Estatuto reconoce además el principio de responsabilidad penal individual, artículos 25, 28 y 30, que hace posible el juzgamiento respecto de personas cuyos delitos son catalogados como imprescriptibles, Artículo 29. Incluso, establece la responsabilidad penal de los superiores en el mando, ya sea por acciones u omisiones, vinculadas a las acciones criminales desplegadas por sus subordinados.

Es posible distinguir en las disposiciones relativas a responsabilidad penal, aquellas que se enfocan en los elementos objetivos *actus reus* y elementos subjetivos de responsabilidad criminal *mens rea*.

Finalmente, la tercera parte del Estatuto también hace referencia a las defensas procesales, a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal y a los fundamentos sustantivos de exclusión de responsabilidad criminal, artículos 26, 27, 29, y del 31 al 33.

Complementariedad

La complementariedad es el mecanismo jurídico mediante el cual se plasma la interacción de la Corte con las jurisdicciones nacionales²⁸⁴. Consagrado bajo de figura de cuestiones de admisibilidad, este principio constituye la piedra angular de las relaciones entre la Corte y las jurisdicciones locales para la implementación de las obligaciones de investigar y enjuiciar a los responsables de crímenes internacionales, que el Artículo 86 del Estatuto le impone a los Estados²⁸⁵.

Así, este principio evita la existencia de conflictos de competencia entre la Corte y los Estados, al ubicar preferentemente la obligación *erga omnes* de investigar, perseguir y castigar a los responsables de crímenes internacionales en las jurisdicciones nacionales, la que además debe desarrollarse dentro de ciertos marcos de eficiencia y efectividad. Por ello es que también se considera que la Corte constituye un poderoso incentivo para que los tribunales nacionales

284 VALDES RIVEROLL, Mariana. El Principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional. *Proyectos legislativos y otros temas penales (Segundas jornadas sobre justicia penal)*, México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2003, pp. 293-299, p. 293

285 CONTRERAS, Beatriz, Fernández, Karinna. La obligación de cooperar con la Corte Penal Internacional. *La Corte Penal Internacional Y Sus Primeros 10 Años: Un Enfoque Práctico*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2013, pp. 515-550, p. 520.

instruyan procedimientos en contra de las personas sospechosas de participar en crímenes internacionales²⁸⁶.

El principio de complementariedad surge desde el preámbulo del Estatuto, donde se establece la obligación de “todo Estado ejerce su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” y se destaca que la Corte “será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”. Adicionalmente, el principio se consagra en los artículos 1 y 17 del Estatuto, en virtud del cual la Corte solo ejercerá su competencia cuando un asunto determinado en el Estatuto y de cierto umbral de gravedad, no ha sido abordado por las autoridades estatales del o los países competentes o estas no han actuado de acuerdo con los estándares mínimos establecidos en la regulación del Estatuto²⁸⁷.

Así, la obligación de investigar y perseguir la responsabilidad de los autores de los crímenes contemplados en el Estatuto, corresponde primeramente a los Estados, quienes tienen el deber de ejercer su jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de tales crímenes internacionales.

Por tanto, el principio de complementariedad mantiene la vigencia del sistema preexistente de aplicación indirecta del derecho penal internacional; asegura que los Estados conserven intacta su competencia;²⁸⁸ facultando a la Corte a actuar, de modo excepcional, en aquellos casos de su competencia cuando los Estados no estén en condiciones o no tengan la voluntad de administrar justicia con el especial objeto de garantizar que los más graves crímenes internacionales no quedarán impunes²⁸⁹. De esta forma, el principio de complementariedad garantiza que la jurisdicción de la Corte es de *última ratio*, es decir, destinada a complementar y no a suplantar las jurisdicciones nacionales.

Corresponde mencionar que es precisamente como consecuencia de este principio que el Estatuto, en su Artículo 17.2 permite a la Corte Penal Internacional “el ejercicio de jurisdicción incluso cuando los tribunales nacionales hayan juzgado o estén juzgando el mismo caso, cuando sea posible

286 CASSESE, Antonio. A Big Step Forward for International Justice. *Crimes of War Magazine*, Diciembre, 2003.

287 CÁRDENAS ARAVENA, Claudia. La Cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional a la luz del Principio de Complementariedad, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010, pp. 281-304. p 284

288 Ibid. p 283

289 VALDES RIVEROLL, Mariana. *Op cit.* p. 297.

determinar que en dichos procesos no existe una real intención de juzgar a los responsables”.^{XXVIII} Así existiendo procesos nacionales en marcha, la Corte actuará únicamente cuando los efectos domésticos no sean considerados genuinos a juicio de la Fiscalía de la Corte.

El aspecto práctico de la complementariedad se expresa en la evaluación que debe hacer la oficina de la fiscalía de la Corte para declarar admisible un caso; así, el o la fiscal considerará que hay fundamentos razonables para estimar que una situación bajo estudio preliminar es admisible, únicamente, si en ella se satisfacen los parámetros de complementariedad y gravedad; debiendo por tanto verificar que no se esté instruyendo ningún procedimiento doméstico en base a los mismos ilícitos, respecto de los mismos sospechosos, y de existir alguno verificar que el objetivo de dichos procesos es hacer comparecer efectivamente a los responsables ante la justicia. Por tanto, la admisibilidad de un caso “conlleva la presunción de que el Estado en cuestión está actuando en violación de sus obligaciones *erga omnes*”²⁹⁰.

Ahora bien, al margen de las remisiones de situaciones que puede efectuar el Consejo de Seguridad a la Corte, existen otros casos que desde la esfera práctica han generado excepciones a la idea de complementariedad incluida en el Estatuto, a saber, las auto-remisiones y la complementariedad positiva.

Las auto-remisiones

Contra la premisa de que los Estados buscan evitar que los crímenes cometidos en su territorio o por sus nacionales, supuestamente involucrados en hechos criminales, sean llevados ante la Corte Penal Internacional, la práctica ha sido predominante en el uso de la figura de las auto-remisiones^{XXIX}, en virtud de la cual los Estados partes, haciendo uso de la facultad contenida en el Artículo 14-1 del Estatuto^{XXX}, remiten directamente a la Corte una situación de conflicto que tuvo lugar en su propio territorio. La auto-remisión implica, por tanto, una renuncia o la cesión de su competencia preferente, surgida desde la complementariedad, a la Corte.

290 JESSBERGER, Florian, Geneuss, Julia. Las Múltiples Caras De La Corte Penal Internacional”, *La Corte Penal Internacional y sus Primeros 10 Años: Un Enfoque Práctico*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2013, pp. 199-218, p. 207

La complementariedad positiva

La complementariedad positiva es el término utilizado por la oficina de la fiscalía de la Corte Penal^{xxx1} para describir una de sus estrategias destinada a alentar procesos nacionales genuinos de enjuiciamiento de los responsables de situaciones que se encuentran bajo el análisis preliminar de la Fiscalía²⁹¹.

Actualmente la Fiscalía lleva a cabo exámenes preliminares de la situación en Afganistán, Colombia, Georgia, Guinea, Honduras, República de Corea, Malí y Nigeria, en los que basa su decisión de abrir o no una investigación. El examen preliminar es una figura diseñada por la Fiscalía, y que explica en los siguientes términos; “el examen preliminar de la información disponible con respecto a una situación es realizado de manera comprehensiva y detallada. El Fiscal está obligado a continuar con dicho examen hasta el momento en el que la información muestra que existe, o no existe, una base razonable para proceder a la investigación. Por ejemplo, los criterios de complementariedad pueden requerir el monitoreo de ciertos procedimientos nacionales para determinar si los mismos se refieren a los delitos más graves y si son genuinos. En consecuencia, el tiempo y la duración de las actividades a desarrollar durante el examen preliminar se tendrán que basar necesariamente en la situación de que se trate”²⁹².

De igual forma, la complementariedad positiva también se aplica a aquellos países, respecto a los cuales se hayan abierto investigaciones²⁹³.

En coherencia con este diseño estratégico, la Fiscalía ha afirmado que el “principio de complementariedad tiene dos dimensiones: i) el test de admisibilidad, o sea, cómo evaluar la existencia de un proceso nacional y su naturaleza genuina, lo cual es un tema judicial; y ii) el concepto de complementariedad positiva, o sea una política proactiva de cooperación enfocada en promover procesos nacionales”²⁹⁴.

La Fiscalía se propone bajo esta estrategia, en lugar de declarar directamente la admisibilidad del caso, ayudar a reconstruir y fortalecer el sistema doméstico de justicia, otorgando asistencia y soporte técnico de manera proactiva, e

291 En: CPI, Fiscalía, “Borrador de Políticas sobre Exámenes Preliminares”, 4 de octubre de 2010 (supra nota 7), párrafo. 83

292 Ibid.

293 *Report On The Prosecutorial Strategy* (2006), y *Prosecutorial Strategy 2009-2012* (2010)

294 *Prosecutorial Strategy*, 1 de febrero de 2010, p. 4

incentivando a los Estados de cumplir con su responsabilidad preferente de investigar y perseguir.

La complementariedad positiva es objeto de continuo de debate pues no estaba contemplada dentro del Estatuto; por muchos es considerada una renuncia a las labores de investigación de la Fiscalía y debido a que su establecimiento impide que la falta de voluntad de los Estados sea debidamente encarada y considerada en relación con los mecanismos suplementarios y negociaciones desarrolladas como parte de la implementación de la misma²⁹⁵.

Las críticas más fuertes tienen origen con el caso colombiano que se encuentra en examen desde junio del año 2004,^{xxxii} el cual ha sido frecuentemente invocado por la Fiscalía como un ejemplo exitoso de la complementariedad positiva en acción; sostienen que el examen preliminar tan solo significa que la Fiscalía está analizando la situación, lo que implica que sus efectos, aun acompañados de la complementariedad positiva, son en general mínimos y en completa oposición a las repercusiones que pueden generarse con la decisión de abrir una investigación sobre los crímenes internacionales cometidos en el territorio de un Estado parte, evidenciando la gravedad y la seriedad de los mismos y la falta de capacidad o voluntad por parte del Estado de cumplir con sus funciones de investigación y judicialización de los responsables. “Es importante anotar que la apertura de una investigación no es una decisión irreversible, ya que se continuará propugnando por el principio de la complementariedad y profundizando el análisis de la admisibilidad del caso”^{xxxiii}.

La obligación de los Estados de cooperar con la corte penal internacional

El sistema de justicia penal internacional que subyace a la ratificación del Estatuto de Roma debe ser comprendido como un sistema compuesto de dos pilares esenciales, por una parte, la Corte encargada de perseguir y juzgar los casos más graves de crímenes internacionales que no estén siendo o hayan sido adecuadamente investigados o perseguidos por parte de los Estados competentes; “y por otra, los Estados se encargan de ejecutar lo necesario para posibilitar las investigaciones y

295 FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (FIDH), *La CPI, 2002-2012: 10 años, 10 recomendaciones para una Corte Penal Internacional eficaz e independiente*, París, 2012, p.6

hacer cumplir lo resuelto por el tribunal. Si alguno de los pilares falla, la estructura en su conjunto falla también”²⁹⁶.

La relevancia de la referida cooperación estatal se explica en el hecho que el Estatuto fijó las bases orgánicas y estructurales necesarias para el funcionamiento de la Corte. Sin embargo, esta se encuentra desprovista de un aparato propio a través del cual se puedan ejecutar e implementar sus decisiones en el territorio de los Estados²⁹⁷.

La sesión IX del Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba regulan la cooperación internacional y la asistencia judicial entre los Estados y la Corte. En tales instrumentos, la cooperación es concebida como una obligación para los Estados partes de conformidad a sus artículos 86 y 88^{xxxiv}.

Adicionalmente, se encuentra asociada precisamente al principio de complementariedad que rige las relaciones entre los Estados y la Corte, ya que la implementación de las labores de la Corte requiere de la contribución y colaboración de los Estados, “como la Corte actúa sobre la base del sistema preexistente (complementa y no reemplaza), forma también parte de la lógica del sistema el hecho de que para poder actuar necesita de la cooperación de los Estados y otros sujetos”²⁹⁸.

Por tanto, la colaboración le resulta esencial para investigar debidamente las comunicaciones y remisiones que recibe, reunir las pruebas para probar los cargos en juicio, dar cumplimiento a sus decisiones, ejecutar sus órdenes de detención, celebrar acuerdos, proteger a las víctimas y testigos, y obtener la inmunidad para que sus agentes desarrollen labores en terreno²⁹⁹.

Así entonces, tanto el referido principio de complementariedad, como la estructura y funcionamiento con que fue concebida la Corte, explican la relevancia de la cooperación por parte de los Estados.

296 CÁRDENAS ARAVENA, Claudia. La Cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional a la luz del Principio de Complementariedad, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010, pp. 281-304. p 283

297 CONTRERAS, Beatriz, Fernández, Karinna. *Op cit.* p. 522

298 CÁRDENAS ARAVENA, Claudia. La Cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional a la luz del Principio de Complementariedad, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010, pp. 281-304. p 284

299 ACUERDO SOBRE LOS PRIVILEGIOS E INMUNIDADES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. “Aprobado por la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en Nueva York, el 9 de septiembre de 2002”.

La concepción de cooperación incorporada al Estatuto de Roma asociada al interés principal que respalda el accionar de la Corte, esto es la proscripción de toda forma de impunidad que constituye un régimen de cooperación mixta, diverso al régimen horizontal que existe entre los Estados, y al régimen vertical existente entre los Estados y los tribunales supranacionales, en los que la obligación de cooperar es impuesta desde el Consejo de Seguridad de la ONU.

Esto significa que las obligaciones asociadas a la cooperación en el Estatuto presentan sanciones menos explícitas para los Estados que el régimen vertical, pero que su obligatoriedad va más allá del simple consenso de voluntades que originan las obligaciones de carácter horizontal, por tanto, si bien el Estatuto de Roma no contempla sanciones, sí contiene la obligación de carácter fáctico para los Estados de cooperar con la Corte Penal Internacional, artículos 86 y ss.³⁰⁰, las que incluso involucran a los Estados -no partes- en aquellas situaciones contempladas por el Artículo 12(3) del Estatuto de Roma.

En concreto, y como consecuencia de este marco normativo, los Estados partes y sus autoridades deben garantizar que en su territorio la Corte pueda llevar a cabo una investigación efectiva, practicar allanamientos, localizar bienes, ubicar y proteger a víctimas y testigos, y detener y entregar a las personas acusadas. Para ello, los países que no cuenten con disposiciones apropiadas deberán generar marcos normativos que se adecúen a los probables requerimientos de la Corte. En tal sentido, el artículo 88 del Estatuto, consagra el deber de garantizar la existencia de procedimientos internos destinados a una cooperación eficiente.

En términos generales, dichos cuerpos normativos deberían consagrar procedimientos claros que permitan el diligenciamiento ágil y eficaz de cada acto de asistencia solicitado por el tribunal internacional. Un análisis comparado de las opciones desarrolladas por los Estados permite distinguir entre la adopción de tres tipos de instrumentos a saber:³⁰¹

- Legislación especial relativa específicamente a la cooperación con la Corte e implementando los crímenes internacionales de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

300 CONTRERAS, Beatriz, Fernández, Karinna. *Op cit.* p. 518

301 GUERRERO, Humberto, Sirvent, María (coord.) *Manual para la implementación del Estatuto de Roma en la legislación mexicana*, 2008, pp. 35 y ss.

- Legislación especial que introduce reformas a sus códigos penales y/o procesales penales, o incluso a sus disposiciones de rango constitucional.
- Cláusula genérica de remisión.

Conviene destacar que Colombia ratificó el Estatuto de Roma el 5 de agosto de 2002, y su implementación en el Código Penal colombiano fue adoptada incluso con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma. La ley procesal penal colombiana, en general, consagra diversos parámetros que rigen la cooperación judicial en materia penal siendo parte bilateral y multilateral en diversos tratados^{xxxv}.

Específicamente, la cooperación con la Corte Penal Internacional de forma directa está regulada en el artículo 484 del Código Procesal Penal^{xxxvi}, que estableciendo una cooperación ágil desde Colombia en respuesta a los principios de eficacia y economía de los procesos o solicitudes, estableciendo su implementación mediante las autoridades investigativas o judiciales, quienes podrán requerir u ofrecer la cooperación directamente ante las instancias correspondientes del tribunal internacional, mediante unos procedimientos que contengan la información necesaria en conformidad con la legislación nacional y el Estatuto de Roma. Por su parte, la vía diplomática hace referencia al Ministerio de Relaciones Exteriores, organismo que podrá desarrollar ciertos trámites en su calidad de autoridad central, como una forma alternativa y complementaria para realizar las solicitudes de cooperación, mediante las notas suplicatorias³⁰². Adicionalmente, corresponde mencionar que Colombia destaca entre el reducido número de países que ha suscrito un acuerdo sobre la ejecución de las penas impuestas por Corte Penal Internacional³⁰³.

Aspectos a considerar respecto de los resultados obtenidos

Observadas las diversas posibilidades que tienen los Estados para ejercer su jurisdicción, amparada en múltiples fuentes y principios, cabe preguntarse cómo podrían resolverse eventuales conflictos de jurisdicción, particularmente respecto de los delitos internacionales, es decir, respecto de aquellos hechos o crímenes cuyo conocimiento y juzgamiento pudiera corresponder tanto al tribunal internacional

302 CASTILLO ECHEVERRY, Paola, Pino Giron, Diana. *Estudio Sobre Cooperación Internacional Entre la Corte Penal Internacional y el Estado Colombiano*, Universidad de San Buenaventura, Cali, 2013, pp. 20-21

303 *Acuerdo entre La República de Colombia y la Corte Penal Internacional sobre la Ejecución de las Penas Impuestas por La Corte Penal Internacional*, hecho en Bogotá D.C., el 17 de mayo de 2011.

como al doméstico³⁰⁴. Relación que se regulaba en términos generales por dos tipos de regímenes: el de competencia *exclusiva* y el de competencia *concurrente*³⁰⁵.

Si bien este conflicto ha sido superado dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, tal como fue mencionado al describir el principio de la complementariedad, el Estatuto de Roma adopta este principio para prevenir y regular los conflictos de jurisdicción y competencia entre la Corte y los tribunales domésticos; estableciéndola como una figura esencial de la admisibilidad, de los mecanismos de inicio de procedimientos. Impidiendo cualquier situación de conflicto de competencias y salvaguardado además los mecanismos de cooperación que los Estados partes deben implementar para dar eficiencia a las labores y decisiones de la Corte.

El debate permanece vigente especialmente respecto de la jurisdicción universal como mencionamos oportunamente, por ello resultan especialmente clarificadoras ciertas consideraciones respecto de los tribunales internacionales.

Es especial, el régimen de competencia adoptado por los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio. El primero de ellos, por ejemplo, tenía competencia *exclusiva* para juzgar a los “mayores criminales de guerra alemanes” cuyos crímenes no tuvieron una localización geográfica particular³⁰⁶.

Mientras que el régimen de competencias *concurrentes* consiste en otorgar competencia, tanto al tribunal internacional como al doméstico, existiendo dos modelos de solución frente a los eventuales conflictos: conceder la preeminencia a las cortes internacionales o a las nacionales³⁰⁷. Esa es la fórmula adoptada por los Tribunales Penales Internacionales posteriores a Núremberg y Tokio en las diferentes modalidades descritas atrás (tribunales internacionales e híbridos), los cuales han recogido el principio de competencia concurrente, y han agregado la *primacía* del tribunal especial para conocer de los casos de acuerdo a los criterios que considere pertinentes en cualquier etapa de los procesos. A esta fórmula hay

304 SEGOVIA, Antonio, Contreras, Marcelo. El principio de complementariedad y el ejercicio de la competencia en el Estatuto de Roma. Una visión crítica. *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 Años: Un Enfoque Práctico*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2013, pp. 265-302

305 WERLE, Gerhard. El principio de complementariedad: una mirada retrospectiva y prospectiva”, *Corte Penal Internacional y jurisdicciones estatales. El principio de complementariedad*, Santiago, Legal Publishing Chile, pp. 71-88.

306 Véase preámbulo y art. 1º del Acuerdo de Londres, de 1945 y art. 6º del Estatuto del Tribunal Militar Internacional.

307 SEGOVIA, Antonio, Contreras, Marcelo. *Op cit.* pp. 271-272

que agregar la innovación que hiciera el TPIY al establecer la Regla 11 *bis* en las Reglas de Procedimiento Prueba, de acuerdo con la cual, como parte de la estrategia de conclusión, puede por iniciativa propia remitir casos a los tribunales o cortes nacionales en cualquier etapa del proceso.