

Una alternativa de legitimidad para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano desde el derecho internacional penal*

An alternative of legitimacy for the solution by channels of negotiation to the Colombian internal armed conflict under international criminal law

Recibido: 30 de julio del 2013 - Revisado: 12 de octubre del 2013 - Aceptado: 15 de diciembre del 2013

Liliana Damaris Pabón Giraldo**
Alejandro Jiménez Ospina***

Resumen

En un contexto de conflicto armado interno como el colombiano, es necesario lograr el mantenimiento del imperio de la ley a través de los mecanismos institucionales legales y legítimos, en este marco se incluye a la Corte Penal Internacional como organización internacional encargada de llevar ante la justicia a los mayores responsables de crímenes de gran trascendencia. En esta medida, a través del presente escrito se desarrolla una propuesta de solución a esta coyuntura a través de la aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, de forma tal que este deje de ser considerada como un obstáculo para la paz y se convierta en una herramienta para la misma.

Palabras clave

Remisión de situación, justicia negociada, conflicto armado interno, derecho internacional penal, Corte Penal Internacional.

Abstract

In a context of internal armed conflict as the Colombian one, is necessary achieve the maintenance of the rule of law through institutional legal mechanisms that are legitimates; between this frame is included the International Criminal Court as an international organization responsible of taking to justice the mainly responsible of high transcendence crimes.

* Artículo de investigación e innovación. Producto del proyecto de investigación denominado "Colisiones entre el proceso de la Corte Penal Internacional y el proceso penal colombiano en cuanto a la aplicación de los principios procesales" realizado al interior del Grupo de Investigación Derecho Procesal de la Universidad de Medellín.

** Abogada, Universidad de Medellín. Magister en Derecho Procesal, Universidad de Medellín. Magister en Derecho Procesal Garantista, Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Doctorando en Derecho, Universidad Nacional del Rosario (Argentina). Docente investigadora e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Procesal, Universidad de Medellín. Jefe de la Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo Extensiones, Universidad de Medellín.

Correo electrónico:
ldpabon@udem.edu.co.

*** Estudiante pregrado en Derecho, Universidad de Medellín. Integrante del Grupo de Investigación en Derecho Procesal, Universidad de Medellín.

Correo electrónico:
ajimenezospina@gmail.com

Thus, via this paper is developed a proposal of solution to this conjuncture through the acceptance of the International Criminal Court's jurisdiction, so as it stops being considered an obstacle to peace and becomes a tool for it.

Key words

Referral of situation, negotiated justice, internal armed conflict, international criminal law, International Criminal Court.

Introducción

El Estado colombiano se hizo parte del Estatuto de Roma a través de manifestación del legislativo (Ley 742, 2002), controlada por la Corte Constitucional (Sentencia C-578, 2002), de manera que entró a formar parte del grupo de Estados Parte (en adelante EP) con el inicio de la vigencia del Estatuto de Roma (en adelante ER), la cual se da el 1 de noviembre de 2002 y por lo tanto de esta fecha hacia adelante se puede dar el conocimiento de la CPI¹.

Así las cosas, el proceso de paz anunciado por el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo (en adelante FARC-EP) busca, por primera vez, enmarcar los acuerdos que se logren a los últimos estándares en materia de derecho internacional penal y justicia transicional, más allá de lograr lo mismo en el orden interno.

A este nivel jurisdiccional las cuestiones referentes a decisiones de conveniencia por encima de legalidad se convierten en el centro de la discusión, en tanto las consecuencias de las resoluciones de una entidad internacional de la envergadura de la CPI tendrán necesariamente alto impacto, tanto mediático

como fáctico. De allí que sea necesario acudir, sin abusos o extralimitaciones, a lo que naciera con Ihering y su jurisprudencia de intereses, esto es, que

...el derecho [tiene] que suministrar soluciones que [impulsen] fines, resultados y consecuencias razonables para la sociedad humana. Una solución que ocasionara un fin, resultado o consecuencia indeseables debía ser descartado, incluso si tal fin, resultado o consecuencia [es] exigido por el derecho positivo o por los conceptos jurídicos (López Medina, 2004, pág. 271).

Esta afirmación no se debe entender como una carta blanca a la ilegalidad en las decisiones de la Fiscalía o de las Salas, sino que es una invitación a la apertura de posibilidades dentro de los márgenes que las expresiones lingüísticas utilizadas por los redactores del ER, de tal manera que soluciones creativas que busquen la satisfacción de los propósitos de la justicia internacional sean tomados en cuenta.

De esta manera, la exploración de una solución a estos problemas se hará a través de un marco conceptual preciso, para pasar finalmente al caso específico. Por ello en el primer momento se definirá el inicio de la investigación en una

situación y la remisión por parte de un EP en cuanto a su propia situación, para luego establecer los mecanismos de justicia negociada al interior de la CPI y finalizar con una propuesta de solución a la situación colombiana a través de la remisión de ésta por parte del propio Estado, en donde se haga un uso claro de la justicia negociada.

Problema de investigación

El proyecto de investigación se desarrolló tomando en cuenta el siguiente interrogante: **¿Cuáles colisiones se presentan entre el proceso de la Corte Penal Internacional y el proceso penal colombiano cuando en su interior se da aplicación a los principios procesales?** Y producto del mismo se formuló el siguiente interrogante a fin de dar desarrollo al presente artículo: **¿Qué alteratividad de legitimidad existe para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano, desde el derecho internacional penal?**

Metodología

Para la realización del presente artículo, fruto de la investigación anteriormente reseñada, se utilizó un método teórico analítico, en el que se comienza con la definición de conceptos generales y particulares acerca del tema central, y se culmina con un proceso cognitivo que deriva en la conjunción de los conceptos previamente individualizados para resolver el problema planteado y formular una solución concreta al mismo. Para todo esto se acudió en gran

parte a la doctrina nacional e internacional, plasmada en libros y artículos de revistas, pero además se utilizaron los documentos oficiales de diversas organizaciones internacionales y no gubernamentales, todo ello mediante el uso de formatos físicos y electrónicos, estos últimos hallados en diversas bases de datos científicas.

1. El inicio de la investigación en una situación determinada y la remisión por parte de un Estado parte en cuanto a su propia situación

1.1 De los mecanismos de activación para la jurisdicción de la CPI en general

Al momento de establecer el procedimiento adecuado para iniciar una investigación al interior de la CPI, es necesario remitirse al artículo 13² para determinar la existencia de una *notitia criminis* suficiente, la cual en principio debe proceder de una de tres fuentes: (i) Un EP, (ii) El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o, (iii) Informaciones recabadas por el Fiscal y que derivan en una solicitud de iniciación ante la Sala de Cuestiones Preliminares (Schabas, 2004, págs. 119-120)³.

Así, los redactores del ER desarrollaron tres mecanismos de activación o *“trigger mechanisms”* para la iniciación de una investigación formal al interior de la Fiscalía, algo que se debe entender en la medida que no es posible realizar una denuncia particular al interior de la

CPI como en un sistema de justicia penal ordinaria, pues la Fiscalía solamente puede desarrollar su objeto institucional inicial en el marco de una situación claramente delimitada⁴ y de esta manera busca un desarrollo claro de los objetivos del derecho internacional penal, sea a través de la disuasión (general o particular) o de la retribución⁵.

Con el asunto zanjado, se debe pasar a determinar la obligatoriedad del ejercicio de la facultad investigativa formal por parte de la Fiscalía de la CPI, toda vez que los mecanismos de activación están diseñados de manera individual, pero solamente en cuanto a la manera de poner en conocimiento de la oficina una situación. En lo referente a lo necesario para poner formalmente en movimiento al ente investigador, el artículo 53 (1) establece que se debe determinar que existen bases razonables para proceder, ello a la luz de la información recabada y su vinculación con la presunta comisión de los crímenes consagrados en el artículo 5, de la posible admisibilidad de los futuros casos y, de los intereses de la justicia en cuanto a proceder con la actuación.

De cualquier manera, dicha evaluación descansa sobre los hombros de la Fiscalía independientemente del mecanismo de activación al que se haya recurrido, pero una decisión negativa puede ser revisada por la Sala de Cuestiones Preliminares, la cual podrá solicitarle que revise su determinación y, en el caso específico de una denegatoria basada únicamente en no cumplir con el estándar

del interés de la justicia, los magistrados podrían obligar a iniciar los procedimientos⁶. Por lo que la discreción del ente investigativo no parece ser tanta, por lo menos en cuanto a la posibilidad de abstenerse de investigar.

Más allá de esto, incluso se discute si el artículo 53 (1) obliga a la Fiscalía a iniciar su investigación (o solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares autorización para hacerlo) cuando su evaluación acerca del cumplimiento de los requisitos impuestos por él mismo sea positiva. Dicha posición no parece sostenible en el ámbito de una organización internacional con pretensiones de ratificación mundial, pues los poderes otorgados por el artículo 15 (1) a esta, obligarían a solicitar autorización para iniciar decenas de investigaciones *proprio motu* para una considerable parte de los países que han ratificado el Estatuto⁷. Razones por las cuales se confió en criterios como la gravedad comparativa de unas situaciones sobre otras o la imparcialidad de la decisión de apertura (bajo la consideración de que es una consecuencia necesaria del proceso de adjudicación) para determinar en cuáles eventos investigar y en cuáles no⁸.

Si se entiende entonces que existe una discrecionalidad moderada en cabeza de la Fiscalía para el asunto objeto de estudio, sin importar el mecanismo de activación utilizado para llevar la *notitia criminis* hasta ella, se comprende que las situaciones objeto de análisis por parte de la CPI, en virtud tanto de la característica aquí mencionada como del

principio de complementariedad que rige la actividad de la CPI⁹, serán necesariamente pocas y por lo tanto las que lleguen allí deben ser de suma importancia para la obtención de los objetivos que los redactores del Estatuto buscaron con la creación de una organización de tales dimensiones¹⁰.

Es por esto que la eventualidad que significa la materialización de un mecanismo de activación u otro no es óbice para la evaluación de la necesidad y procedencia de una investigación para una situación específica, independientemente de que el procedimiento para llevarlos a cabo sea diferente, pues el primero implica la clara manifestación de voluntad de un EP de impeler a la Fiscalía a iniciarla (sea en cuanto a una situación propia o ajena), el segundo la decisión de un cuerpo colegiado como es el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para llamar la atención sobre una situación (sin importar si el Estado en cuyo territorio esté delimitada haya ratificado el ER o no¹¹), y el tercero la determinación del Fiscal mismo de iniciar los procedimientos a través de una solicitud ante la Sala de Cuestiones Preliminares¹².

1.2. La remisión por parte de un Estado de su propia situación como mecanismo de activación de la CPI

Son distintos los medios a través de los cuales se puede activar el conocimiento por parte de la CPI, pero hay uno que fue diseñado específicamente para los

EP, de tal manera que tomasen la iniciativa de “garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera”¹³, esto es, pueden ejercer la remisión establecida por el artículo 13 (a).

En principio es necesario establecer cuáles Estados pueden iniciar este procedimiento de remisión; para ello es importante tener en cuenta que solo países que hayan ratificado efectivamente el Estatuto, según su derecho interno y bajo el cumplimiento de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴, pueden llevar a cabo esta actuación, toda vez que su calidad de Partes les garantiza un trámite más expedito al interior de la Corte, en tanto la declaración que un Estado No Parte hace para extender la jurisdicción de la CPI a su situación no activa a la misma de plano, requiere de la participación activa de la Fiscalía, que inicia la investigación de manera oficiosa¹⁵.

De esta forma, surtido el procedimiento de firma y ratificación del tratado, el EP adquiere la facultad de remitir a la Fiscalía situaciones en las que posiblemente se hayan cometido crímenes de competencia de la Corte¹⁶, a través de esta actuación se solicita al ente investigador la realización de las pesquisas necesarias para determinar si alguna persona debe ser acusada por la comisión de dichos actos punibles¹⁷.

A estas alturas es pacífica la posición, ratificada de plano por el propio Estatuto, de que cualquier EP puede remitir a

la Fiscalía una situación de otro EP que esté dentro de los parámetros competenciales de la CPI¹⁸. El problema que se suscitó en los primeros años de práctica estaba en la facultad que un EP poseía de elevar su propia situación como una en la cual podrían haberse cometido crímenes de competencia de la Corte¹⁹, cuestión que implicaba desde el inicio la aceptación por parte de dicho Estado del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el artículo 17, entre los cuales está la falta de voluntad o habilidad por parte de él mismo para llevar a cabo investigaciones y judicializaciones genuinas en el ámbito interno.

Con el paso del tiempo y la práctica habitual al interior de la CPI, esta remisión pasa a ser una actuación legítima y adecuada, pues la República Democrática del Congo, la República Centroafricana, la República de Uganda y la República de Malí han remitido sus propias situaciones a la Fiscalía y ésta ha encontrado méritos en todos los casos para abrir una investigación formal, tras lo cual ha solicitado órdenes de arresto o comparecencia contra sospechosos en todas ellas excepto Malí, más aún, el mismo ente investigador ha reconocido la necesidad (o conveniencia), en ciertos casos, de permanecer inactivo en el orden nacional para cumplir con los objetivos de justicia internacional²⁰.

Así las cosas, es clara la posibilidad de que un EP remita su propia situación para que la Fiscalía realice la investigación pertinente y de paso las solicitudes

de comparecencia o arresto que hacen surgir los casos que conocerá la CPI. Ahora lo que se debe determinar es la posibilidad de realizar declaraciones de culpabilidad en la misma remisión, aspecto que será tratado a continuación.

2. La justicia negociada al interior de la Corte Penal Internacional

En principio, no es clara la posibilidad de realizar negociaciones previas a la iniciación de procedimientos formales al interior de la CPI, esto es, antes de la apertura formal de la investigación, toda vez que la única referencia normativa existente al respecto está en el artículo 54 (3) (c) y (d), que establece como función y atribución de la Fiscalía el “concertar las disposiciones o los acuerdos compatibles con el presente Estatuto que sean necesarios para facilitar la cooperación de un Estado, una organización intergubernamental o una persona”²¹; incertidumbre que se agrava con lo dispuesto por el artículo 65 (5) en lo que respecta a la no vinculación de la Corte por los acuerdos alcanzados entre las partes del juicio, específicamente en cuanto a la declaración de culpabilidad, la modificación de los cargos o la pena a imponerse.

Esto no se puede interpretar como una camisa de fuerza para la Fiscalía, en tanto existe una prohibición a los acuerdos de culpabilidad²², más bien implica una advertencia a los negociadores, que en caso de llegar al punto de entrar en etapa de juicio podrían ver frustradas sus disposiciones por una Sala de Primera

Instancia que no comparte su posición o que la considera inválida. Entonces, en ese caso el procedimiento establecido en el ER se desarrolla directamente en la etapa de juicio, luego de llevarse a cabo la audiencia de confirmación de cargos de que trata el artículo 61.

De manera que al iniciar la audiencia de juicio la Sala de Primera Instancia correspondiente debe leer al acusado los cargos que fueron objeto de confirmación ante la Sala de Cuestiones Preliminares, de forma que éste entienda su naturaleza. Momento en el cual se le da la oportunidad de admitir su culpabilidad en los mismos²³. En caso de ocurrir esto, se determina que dicha declaratoria derive de un entendimiento pleno de la naturaleza y consecuencias de tal acto y que el mismo sea voluntario²⁴; además debe estar soportada en los hechos del caso, específicamente en los contenidos en los cargos impuestos por el Fiscal y el material probatorio allegado por ambas partes²⁵.

Este altísimo estándar de legalidad impuesto a la declaratoria de culpabilidad deriva de las negociaciones llevadas a cabo en Roma y la insistencia de los países de tradición continental en limitar la posibilidad de llegar a acuerdos sobre los cargos o la pena (que en definitiva tendrán que ver con la culpabilidad o no del presunto responsable)²⁶, algo que comparte buena parte de la doctrina²⁷, aunque por razones diferentes: unos por la infinita búsqueda de afinidad entre el proceso penal internacional y sus propios paradigmas procesales y de

justicia, y otros por la importancia que tienen las instituciones judiciales internacionales en tanto, en una paráfrasis al gran juez Antonio Cassese, se indicó no son cortes municipales, sino las que se hacen cargo de los crímenes más atroces e importantes para la comunidad²⁸, más aún cuando la práctica en el día a día de la CPI debe ir hacia fines pedagógicos y de mantenimiento de la memoria histórica consolidada a través de situaciones de anormalidad como las que usualmente llegan a esta instancia²⁹.

Sin importar el origen de la discusión, el resultado obtenido es el de una declaratoria dentro de la audiencia que se parece más a una confesión, entendida como medio probatorio de uso continental, que a un *plea bargaining*³⁰ al modo anglo-americano; pues se le da una importancia mucho más alta al soporte probatorio que tiene la declaración realizada por el acusado³¹.

Esto no quiere decir que las negociaciones estén clausuradas desde el inicio ni mucho menos que la Fiscalía no tenga el poder para llevarlas a cabo incluso desde antes de decidir si se inicia una investigación formalmente o no³², lo que significa es que en las altas instancias de una etapa de juicio ante una Sala de Primera Instancia de la CPI no es tan seguro el resultado acordado por las partes.

De allí que se resalte la importancia de la Fiscalía como órgano cuasi-jurisdiccional³³ en la consecución de los objetivos últimos de la justicia internacional, que parten de la retribución y la persua-

sión para terminar en rehabilitaciones, educación, denuncia, garantía de los derechos de las víctimas, mantenimiento de la memoria histórica y reconciliación³⁴, toda vez que las posibilidades de mantenimiento de la paz con una fuerte base de justicia y reparación se hace posible a través de un trabajo mancomunado entre el ente investigativo, las Salas de la CPI, los EP (especialmente los que remiten las situaciones) y los individuos participantes en la comisión de crímenes internacionales.

Lo anterior conlleva la utilización de los poderes otorgados por el ER a la Fiscalía para no llevar los casos a la etapa de juicio, más cuando el principio de complementariedad es claro en darle prioridad a las actuaciones estatales legítimas. El problema está en el evento en que sea un EP el que acuda al Fiscal para que lleve a cabo la investigación sobre su propia situación, sea porque no puede o no quiere ejecutar la misma, y posteriormente enjuicie a los mayores responsables por los crímenes listados en el artículo 5³⁵. En este caso en el artículo 53 (1) se enumeran las razones por las cuales la Fiscalía puede negarse a investigar cuando recibe esta remisión, mientras que el 53 (2) establece las que determinarían un sobreseimiento de la misma luego de iniciada, caso último en el cual debe informar no solo a la Sala de Cuestiones Preliminares, sino también al EP remitente (o al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas dado el caso), momento en el cual este puede solicitar a la Sala que revise la decisión para darle continuidad a las actuaciones³⁶.

Dado esto, los escenarios de justicia negociada parecen ser más propicios por fuera de la sede judicial de la CPI, en las etapas tempranas de los procedimientos, en los cuales la Fiscalía es quien lleva la batuta, pero cuando el EP hace la remisión propia con la intención de legitimar soluciones de paz en situaciones de anormalidad como un conflicto armado interno o internacional, puede que el no acudir a la etapa de juicio sea contraproducente para el cumplimiento de los objetivos de la justicia internacional, pues lo único que se lograría sería blindar un proceso de pacificación con un manto de legalidad formal más que dudoso. Por eso es que es tan necesario acudir a la confesión dentro de la audiencia de juicio de que trata el artículo 64 (8) (a), pues de esta manera se obtiene una responsabilidad penal clara y concreta en cabeza de los mayores responsables por crímenes de trascendencia internacional.

Está de acuerdo con esto la profesora Regina Rauxloh de la Universidad de Surrey, quien establece tres criterios para concluir que un acuerdo entre Fiscalía y acusado es justificable, estos son: (i) Que sea utilizado para acceder a materiales probatorios que incriminen a los mayores responsables de los crímenes que de ninguna otra forma pudieran conseguirse; (ii) Que a través de la negociación se puedan conseguir declaraciones del acusado que ayuden de forma sustancial al mantenimiento de la memoria histórica, siempre que de cualquier otra manera ésta se hubie-

se perdido o; (iii) Que se use como una herramienta de reconciliación al llamar a actos de contrición o reconocimiento del dolor causado a las víctimas³⁷.

Esto último confirma la necesidad de acudir a las negociaciones de una manera inter-sistémica, que tenga en cuenta la flexibilidad procesal del *plea bargaining* y las ventajas materiales de la confesión *in-court*, pues es difícil pensar en un escenario como el primero que cumpla con estas condiciones, más aún cuando la regla general es que estos se den en la etapa previa al juicio y por lo tanto no implican un registro minucioso de lo sucedido al momento de la comisión del crimen o de lo actuado al interior del proceso, ni se entendería la segunda en el evento de un súper juez que pueda declarar inválido lo acordado entre las partes sin ningún tipo de argumentación.

Por eso la propuesta, enmarcada dentro de una mínima reforma a las regulaciones existentes para la CPI, está en el desarrollo de un procedimiento previo al juicio, dirigido por una Sala de Cuestiones Preliminares *ad-hoc*, en el que se decida si el acuerdo entre Fiscalía e investigado (en caso de no haberse expedido orden de comparecencia o arresto en su contra) o acusado es válida a la luz del Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además de las otras fuentes de derecho vinculantes para la Corte; de manera que se obtenga una certeza previa acerca de la viabilidad de lo acordado, para luego pasar, de acuerdo

a lo existente, a una confesión dentro de la primera audiencia ante la Sala de Primera Instancia, que escuchará la misma y verificará la existencia de los elementos necesarios para una declaratoria de culpabilidad legítima y legal.

Así se lograría un avance en materia de respeto a los derechos de las víctimas, mantenimiento de la memoria histórica, cumplimiento de los objetivos de la justicia internacional y la CPI, garantía de las prerrogativas fundamentales del acusado y desarrollo de un mecanismo de persuasión humano y eficaz.

3. Remisión de la situación colombiana a la Corte Penal Internacional como alternativa de legitimidad y justicia al proceso de paz

De manera paralela a la discusión teórica sobre la justicia negociada en el marco internacional penal de la CPI, está la disertación político-jurídica sobre las consecuencias de una remisión de la situación de un EP en el que se estén llevando a cabo negociaciones de paz para dar por terminado un conflicto armado.

Así, es tarea de la CPI, como organización internacional que busca la persecución y enjuiciamiento de individuos por la comisión de crímenes atroces, enmarcar el principio de complementariedad en un contexto tanto formal (en favor de los EP) como material (en su favor)³⁸ para permitir el fortalecimiento de los sistemas jurídicos nacionales, para que sean estos los que resuelvan de manera autónoma sus propios problemas. La

problemática surge cuando la anormalidad es de tal índole que una judicialización de orden interno no es suficiente para dar legitimidad a un proceso de paz y por lo tanto sea necesaria la intervención de la Corte³⁹.

Este es el caso de Colombia, cuyo territorio está inmerso en un conflicto armado interno desde el año 1958 aproximadamente⁴⁰, el cual deja una marca indeleble no solo en la geografía nacional, sino en la identidad individual y colectiva de millones de personas que se ven incluidas involuntariamente en el mismo. Frente al tema, son indudables los esfuerzos que han hecho las autoridades colombianas para demostrar la voluntad y capacidad del Estado para llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos para los mayores responsables por crímenes internacionales, actitud reconocida por la propia Fiscalía de la CPI en los siguientes términos:

La información analizada en cuanto a la complementariedad también indica que las autoridades colombianas han y siguen llevando a cabo un gran número de procedimientos relevantes para la investigación preliminar en contra de diferentes actores del conflicto por conductas que constituyen crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte⁴¹.

Sin embargo, dicho pronunciamiento fue hecho en un momento de transición entre la guerra total contra los grupos armados insurgentes (específicamente las FARC-EP) y un proceso de paz que fuera anunciado el cuatro (4) de sep-

tiembre de dos mil doce (2012) por el Presidente de la República de Colombia y el Jefe del Estado Mayor de las FARC-EP; así que la decisión tomada por la Fiscalía de mantener bajo observación (investigación preliminar) la situación colombiana no contempló esta eventualidad, aunque no hay duda que su conocimiento no haría más que reafirmar dicha resolución.

De allí que la capacidad del sistema judicial colombiano está parcialmente asegurada, pues el reporte de la Fiscalía define que no es necesaria la intervención de manera momentánea, pero no descarta que esto pueda ocurrir a futuro, máxime si se mantiene el estatus de investigación preliminar sobre la situación, especialmente en cuanto a cinco puntos: (i) El Marco Jurídico para la Paz y su futuro desarrollo legislativo, (ii) Promoción y expansión de grupos paramilitares, (iii) Desplazamiento forzado, (iv) Crímenes sexuales y (v) Falsos positivos⁴². Más la voluntad del Estado debe ser examinada nuevamente, ora los nuevos acontecimientos, de manera que sea necesario elaborar una alternativa legítima de terminación del conflicto armado interno que sea compatible con los compromisos internacionales contraídos por Colombia, para este caso específico, a través del ER, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuestiones de graves violaciones a derechos humanos y la obligación de judicializar a los responsables por los mismos⁴³, las Convenciones de Ginebra de 1948, la Convención contra el Genocidio y la Convención contra la Tortura⁴⁴.

Esto en tanto no es el objeto del derecho internacional penal, ni mucho menos mandato de la CPI, el ser una barrera impenetrable a las esperanzas de los pueblos del mundo de terminar con conflictos que los aquejan, los cuales no hacen sino victimizar a quienes no tienen otro mecanismo de defensa que la institucionalidad; pero tampoco es válida una posición de impunidad de los mayores responsables con tal de llegar a un acuerdo que lo único que logra es revictimizar a quienes buscan reparación por los daños sufridos a raíz de este y crear una línea de argumentación que elimina la verdad histórica, tan necesaria en un contexto de repetición de atrocidades como el colombiano.

De esta manera, los desarrollos recientes en Colombia al respecto de un proceso de paz terminan siempre en una pregunta clara: ¿la CPI intervendrá en Colombia en caso de llegar a un acuerdo en el proceso de paz?; es claro que la respuesta a esto no puede aventurarse sin hacer conjeturas acerca de lo pactado, en tanto el hermetismo de las conversaciones no permiten tener acceso a lo avanzado, más allá de lo que la misma mesa de negociaciones decide publicar. De manera que la intervención internacional se ha convertido en la bestia negra de las expectativas legítimas del pueblo y sus gobernantes a poner fin al conflicto⁴⁵; pero aún hay una forma de evitar una inoportuna actuación de la Fiscalía a *motu proprio*, esta es que sea el propio Estado colombiano el que remita su situación a la Corte.

Esta propuesta podría parecer una concesión de la soberanía y autonomía nacional hacia la CPI, pero es claro que la misma se hizo desde el momento en que se entró a formar parte del ER, tanto así que el país sigue en investigación preliminar para determinar si el Fiscal inicia procedimientos formalmente; así se invita a Colombia, como EP del ER a que haga uso de los derechos derivados de su calidad y remita su propia situación a la Corte⁴⁶.

La finalidad de esto es clara, si se entiende la remisión como una consecuencia directa del acuerdo de paz, se buscará la declaratoria de culpabilidad de los mayores responsables por delitos de índole internacional, sea de la parte que sea⁴⁷, así se logra revestir de un manto de seguridad jurídica el proceso de paz, ya que la realización de estos procedimientos derivará en un reconocimiento internacional de la legitimidad de los esfuerzos de paz colombianos, pues el estándar más alto que se puede imponer a las concesiones de justicia transicional al interior del país es el del ER y la autoridad más alta en materia de revisión judicial de amnistías o indultos a responsables por estos crímenes es la CPI, con lo que se agotaría el último escalón y se consolida la situación para todos aquellos que no queden cobijados por la definición de “máximos responsables” aplicable al caso.

Todo esto se da en tanto se entiende que es absolutamente inaceptable una posición en la cual los mayores responsables de los crímenes que indudablemente se

cometieron en Colombia durante más de 50 años de conflicto escapen de su responsabilidad penal.

Conclusiones

En el trasegar del presente artículo se ha pasado del análisis conceptual de los mecanismos para activar el conocimiento de la CPI, con un énfasis especial en la remisión de un EP en cuanto a su propia situación, para llevarlo a un caso específico y real como es el colombiano.

De esto se derivan necesariamente tres conclusiones: (i) El estado colombiano está legitimado por el ER y la práctica al interior de la CPI para remitir su propia situación; (ii) En el marco de los procedimientos derivados del inicio de la investigación y el juicio es posible que los mayores responsables por delitos internacionales en Colombia acudan a mecanismos de justicia negociada para dar por terminado el proceso de manera anticipada, siempre que se cumpla con determinadas condiciones y; (iii) Esta remisión, en conjunto con la declaratoria de culpabilidad de quienes ostenten mayor responsabilidad deriva en un reconocimiento claro y seguro de la legitimidad del proceso de paz colombiano.

Con todo esto se logra desarrollar un ambiente de seguridad y tranquilidad en el Estado, pues más allá de la intervención de la CPI no hay un mecanismo que pueda obligar a Colombia a revertir un acuerdo de paz (a excepción de medios judiciales de control interno como una sentencia tipo C de la Corte

Constitucional sobre las leyes que desarrollen el pacto o actuaciones de *realpolitik* por parte de Estados que no estén de acuerdo con lo acordado) y, lo más importante, se logra la aplicación de estándares internacionales en materia de reparación de víctimas, mantenimiento de la memoria histórica e imposición de responsabilidad penal en cabeza de criminales internacionales.

Referencias

- Amann, D. M. (2002). Group mentality, expressivism and genocide, *International criminal law review*, 2.2.
- Ambos, K. (2009). *The legal framework of transitional justice: A systematic study with special focus on the role of the ICC*. Berlín: Springer-Verlag.
- Ambos, K. (2010). El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma). *InDret*. 2. Recuperado en: <<http://www.indret.com/es/index.php>> [Consulta: 13.12.2013].
- Benzig, M. (2003). The complementarity regime of the International Criminal Court: International criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity. En VV.AA., *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. 7.
- Cárdenas Aravena, C. (2011). Revisión crítica del criterio 'interés de la justicia' como razón para no abrir una investigación o no iniciar un

- enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional. *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*. 18. 1.
- Cassese, A., Acquaviva, G., Fan, M. & Withing, A. (2011). *International criminal law: Cases and commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- Centro Nacional De Memoria Histórica (2013). ¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad, Bogotá D.C.: CNMH.
- Cook, J. A. (2005). Plea bargaining at The Hague. *The Yale Journal of International Law*. 30. 473-506. Recuperado en <http://digitalcommons.law.yuga.edu/fac_artchop/858> [Consulta: 05.01.2014].
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmschurst, E. (2010). *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Damaška, M. (2004). Negotiated justice in international criminal courts. *Journal of International Criminal Justice*. 2.
- Deguzmán, M. (2011). Choosing to prosecute: Expressive selection at the International Criminal Court. *Temple University Legal Studies*. 2011-16. Recuperado en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1780446> [Consulta: 14.12.2013].
- Deguzmán, M. & Schabas, W., *Initiation of investigations and selection of cases*. Recuperado en: <<http://ssrn.com/abstract=1999003>> [Consulta: 17.12.2013].
- Hethe, T. (2005). The Prosecutor of the International Criminal Court, amnesties and the 'interests of justice': Striking a delicate balance. *Washington University Global Studies Law Review*. 4. 2.
- International Criminal Procedure Expert Framework, *General rules and principles of international criminal procedure and recommendations of the international expert framework*. Recuperado en: <http://www.hiil.org/data/sitesmanagement/media/IEF_Brochure_241011.pdf> [Consulta: 13.12.2013].
- López Medina, D.E. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- Olásolo Alonso, H. (2003). *Corte Penal Internacional ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olásolo Alonso, H. (2011). *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*. Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Diké.
- Petrig, A. (2008). Negotiated justice and the goals of international criminal tribunals. With a focus on the plea-bargaining practice of the ICTY

- and the legal framework of the ICC. *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*. 8. Recuperado en: <http://www.kentlaw.edu/jicl/articles/spring2008/Petrig_negotiated_justice_final.pdf> [Consulta: 06.01.2014].
- Rauxloh, R. E. (2011). Plea bargaining: A necessary tool for the International Criminal Court Prosecutor. *Judicature*. 94. 4.
- Schabas, W. (2004). *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press
- Scharf, M. P. (2006). From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace. *Washington and Lee Law Review*. 63. 1.
- Scharf, M.P. & Dowd, P. (2008). No way out? The question of unilateral withdrawals of referrals to the ICC and other human rights courts. *Case Research Paper Series in Legal Studies*. 08-21. Recuperado en <<http://ssrn.com/abstract=1240802>> [Consulta: 11.12.2013].
- Stahn, C., El Zeidy, M. & Olásolo Alonso, H. (2005). Developments at the International Criminal Court: The International Criminal Court's ad hoc jurisdiction revisited. *American Journal of International Law*. 99.

1 Con salvedad de los crímenes de guerra, pues gracias a la declaratoria realizada en virtud del artículo 124, la jurisdicción sobre estos inicia el 1 de noviembre de 2009.

2 De ahora en adelante, cuando se hace referencia a un artículo del Estatuto de Roma (ER) se usará simplemente el término "artículo" y para las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI (RPP-CPI) se escribirá únicamente "regla"; en caso de cualquier otro cuerpo normativo, se hará referencia explícita al mismo.

3 "International organisations, individuals, non-governmental organisations and States that are not parties to the Statute are given no formal recognition with respect to initiating proceedings. However, in practice, all of them are likely to establish contact with the Prosecutor and attempt to persuade him or her to take action".

4 *Vid.* CPI-SCP I, *Situation in the Democratic Republic of Congo*, Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, ICC-01/04-101-tEN-Corr, 22 de marzo de 2006, pág. 65

5 *Vid.* Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmschurst, E. (2010). *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 23-28. Es importante profundizar en la necesidad de sus traer al derecho internacional penal de la paradoja del castigo como fin último de la norma penal, para ello *Vid.* Amann, D. M. (2002). Group mentality, expressivism and genocide, *International criminal law review*, 2.2. p. 117.

6 *Vid.* artículo 53 (3).

7 "This interpretation essentially enables any individual or organization to trigger the Court's jurisdiction, a result that arguably runs counter to the Statute's careful structuring of trigger mechanisms" Deguzmán, M. & Schabas, W., *Initiation of investigations and selection of cases*. Recuperado en: <<http://ssrn.com/abstract=1999003>> [Consulta: 17.12.2013], p. 20.

8 *Vid.* Deguzmán, M. (2011). Choosing to prosecute: Expressive selection at the International Criminal Court. *Temple University Legal Studies*. 2011-16. Recuperado en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1780446> [Consulta: 14.12.2013], pp. 269-270.

9 *Vid.* Benzig, M. (2003). The complementarity regime of the International Criminal Court: International criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity. En VV.AA., *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. 7, pp. 591-693; Ambos, K. (2010). El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma). *InDret*. 2. Recuperado en: <<http://www.indret.com/es/index.php>> [Consulta: 13.12.2013].

10 *Vid. id. supra* nota 8, pp. 319-320.

11 *Vid.* artículo 13 (b) y capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

12 Nótese que solo en este último caso el Fiscal debe acudir ante un órgano judicial al interior de la Corte para obtener autorización para actuar, mientras que en el caso de una decisión consistente en negar la procedencia de una investigación, no importa el mecanismo utilizado, la Sala de Cuestiones Preliminares puede actuar (sea a petición del Estado Parte, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o de oficio).

13 *Vid.* Preámbulo ER.

14 *Cfr.* artículo 125 (2), 125 (3) y 11.

15 *Vid.* Stahn, C., El Zeidy, M. & Olásolo Alonso, H. (2005). Developments at the International Criminal Court: The International Criminal Court's ad hoc jurisdiction revisited. *American Journal of International Law*. 99, pp. 423-424. *Vid.* también regla 44.

16 Los listados en el artículo 5, siempre que se tengan en cuenta las provisiones del artículo 15 bis referentes al crimen de agresión.

17 *Vid.* artículos 13 (a) y 14 (1).

18 *Vid.* artículos 11, 12 y 13.

19 Como primera situación en la que se presentó este fenómeno está la remisión que el presidente de Uganda hiciera a la Fiscalía de la situación en el norte de su país, específicamente en lo que tenía que ver con el grupo subversivo denominado *Lord's Resistance Army*.

20 *Vid.* Office of the Prosecutor (2003). *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*. Recuperado en: <http://icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf> [Consulta: 18.12.2013], p. 5.

21 Artículo 54 (3) (d).

22 "A provision was inserted in the Statute that no agreement between the parties is to be binding on the Court. But the provision does not prevent plea bargaining as such [...]" Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmschurst, E. (2010). *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 468.

23 Artículo 64 (8) (a).

24 Artículo 65 (1) (a) y (b).

25 Artículo 65 (1) (c).

26 *Vid. id. supra* nota 25.

27 "[...] the architects of the international criminal process would be well advised to follow the motto: as many trials as possible, as much bargaining as necessary" Damaška, M. (2004). Negotiated justice in international criminal courts. *Journal of International Criminal Justice*. 2, p. 1039.

28 *Vid.* Statement of the President of the ICTY, made at a briefing to members of diplomatic missions, IT/29, 11 de febrero de 1994. Vale aclarar que el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia cambió de posición con la llegada de la juez McDonald a la presidencia, para una referencia *Vid.* Petrig, A. (2008). Negotiated justice and the goals of international criminal tribunals. With a focus on the plea-bargaining practice of the ICTY and the legal framework of the ICC. *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*. 8. Recuperado en: <http://www.kentlaw.edu/jicl/articles/spring2008/Petrig_negotiated_justice_final.pdf> [Consulta: 06.01.2014], p. 8.

29 *Vid. id. supra* nota 30, p. 1037.

30 "[...] negotiation between the accused and the prosecution [...] resulting in a plea agreement. The accused either concedes certain facts or admits guilt, thus waiving the possibility of being acquitted [...] In return, the

prosecutor may reduce or modify the charges (charge bargaining), the sentence (sentence bargaining), or both” Petrig, A. (2008). Negotiated justice and the goals of international criminal tribunals. With a focus on the plea-bargaining practice of the ICTY and the legal framework of the ICC. *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*. 8. Recuperado en: <http://www.kentlaw.edu/jicl/articles/spring2008/Petrig_negotiated_justice_final.pdf> [Consulta: 06.01.2014], pp. 4-5.)

31 Incluso, bajo el artículo 65 ER, la Sala de Primera Instancia puede solicitar la entrega de más evidencias, hasta el punto de poder practicar testimonios antes de dictar sentencia, aunque esto debería ser excepcional.

32 Al respecto *Vid.* Hethe, T. (2005). The Prosecutor of the International Criminal Court, amnesties and the ‘interests of justice’: Striking a delicate balance. *Washington University Global Studies Law Review*. 4. 2, pp. 406.

33 Al respecto de esta clasificación *Vid.* Olásolo Alonso, H. (2003). *Corte Penal Internacional ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*. Valencia: Tirant lo Blanch.

34 *Vid.* Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst, E. (2010). *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 22-36.

35 *Vid. supra* nota 6.

36 *Vid.* artículo 53 (3) (a).

37 *Vid.* Rauxloh, R. E. (2011). Plea bargaining: A necessary tool for the International Criminal Court Prosecutor. *Judicature*. 94. 4, p. 184.

38 “[...] se puede afirmar que el principio de complementariedad está formado por dos elementos principales: la primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la Corte y la primacía material de la Corte sobre aquellas” Olásolo Alonso, H. (2011). *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*. Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Diké, p. 116.

39 Dicha anomalía debe alcanzar las proporciones suficientes para que el Estado sea incapaz de realizar los procedimientos de investigación y judicialización o, en su defecto, que no tenga la voluntad de hacerlo.

40 Esta fecha no está exenta de discusiones al interior de la academia histórica, la utilizada marca el período histórico que va hasta 1982, en el que la violencia bipartidista característica del siglo XIX y la primera mitad del XX se transforma en una confrontación subversiva; este concepto proviene de Centro Nacional De Memoria Histórica (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*, Bogotá D.C.: CNMH, p. 112.

41 Office of the Prosecutor (2012). *Situation in Colombia Interim Report –November 2012–*. Para. 197, traducción por el autor.

42 Íd. Para. 224.

43 Para los efectos de este artículo, que se circunscribe expresamente al ámbito de la CPI, dichas violaciones deben poder enmarcarse, dentro del proceso de adjudicación, a los crímenes listados en el artículo 5.

44 Para profundizar sobre las obligaciones de investigar y judicializar *Vid.* Scharf, M. P. (2006). From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace. *Washington and Lee Law Review*. 63. 1.

45 De manera explicativa, para dar una sola referencia: Revista Semana, 15 de noviembre de 2012, [En línea], disponible en: <<http://www.semana.com/nacion/articulo/colombia-ultima-advertencia-corte-penal-internacional/267884-3>> [Consulta 12.12.2013].

46 Ello sin que sea necesario acoger la propuesta consignada en el final de la II parte del presente escrito.

47 Fuerzas Armadas, Gobierno, rama legislativa, empresariado, FARC-EP, ELN (en caso de una negociación con este grupo), paramilitares, etc.