
El final del examen preliminar sobre la situación de Colombia ante la Corte Penal Internacional: ¿éxito de la estrategia de complementariedad positiva de la Fiscalía o cierre en falso?*

The end of the preliminary examination on the situation of Colombia before the International Criminal Court: success of the Prosecutor's strategy of positive complementarity or false closure?

Félix VACAS FERNÁNDEZ

Profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Universidad Carlos III de Madrid

fvacas@der-pu.uc3m.es

<https://orcid.org/0000-0002-1465-5222>

RECIBIDO: 14 DE ENERO DE 2022 / ACEPTADO: 28 DE FEBRERO DE 2022

Resumen: El 28 de octubre de 2021, el Fiscal Jefe de la Corte Penal Internacional anunció el cierre del Examen Preliminar sobre la Situación de Colombia, el más largo de los desarrollados hasta la fecha. Ello nos mueve a realizar un análisis de los más de 17 años de Examen Preliminar, fijando la atención especialmente en la aplicación por la Fiscalía de la llamada estrategia de complementariedad positiva, de un lado; así como, de otro, en la forma de determinar su cierre y el diseño de un nuevo marco de cooperación futuro entre la Fiscalía y Colombia. En el aire queda la pregunta de si dicha decisión es el resultado, al menos en parte, del exitoso desarrollo de dicha estrategia o si se trata, por el contrario, de una decisión prematura que pueda suponer un cierre en falso del Examen Preliminar, que pueda conducir a su futura reactivación.

Palabras clave: Fiscalía de la Corte Penal Internacional, Examen Preliminar, situación de Colombia, complementariedad positiva.

Abstract: On the 28th October 2021 the Chief Prosecutor of the International Criminal Court decided to close the Preliminary Examination on the situation of Colombia, the longest one up to now. That is why it is the time to make an analysis on the more than 17 years long of Preliminary Examination, paying especial attention to the application of the so-called positive complementarity, on the one hand; and to the decision to close it and the new design model of future cooperation between the Office of the Prosecutor and Colombia, on the other. Blowing in the wind remains the question on whether this decision is the result of the successful, at least in part, application of that strategy or, on the contrary, it can be a rash or premature decision, a false closure that may lead to its future reactivation.

Keywords: The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, Preliminary Examination, the situation of Colombia, positive complementarity.

* El artículo es resultado de las investigaciones llevada a cabo por el autor en el marco del Proyecto I+D del Ministerio de Educación titulado «ODS, Derechos humanos y Derecho internacional», con referencia PGC2018-095805-B-I00

Sumario: I. CUESTIONES PREVIAS. II. LA RATIFICACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA POR COLOMBIA Y LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. II.1. La competencia de la Corte Penal Internacional respecto a Colombia. II.2. El ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional en el caso de Colombia. III. EL EXAMEN PRELIMINAR DE LA FISCALÍA DE LA CORTE SOBRE LA SITUACIÓN DE COLOMBIA. III.1. El análisis relativo a la competencia de la Corte: la Fase 2. III.2. La aplicación por la Fiscalía de la CPI de la llamada complementariedad positiva a Colombia. IV. EL CIERRE DEL EXAMEN PRELIMINAR DE LA SITUACIÓN DE COLOMBIA COMO RESULTADO, ¿DEL ÉXITO?, DE LA ESTRATEGIA DE COMPLEMENTARIEDAD POSITIVA. IV.1. La Fiscalía de la CPI y la Justicia Especial para la Paz: la pavimentación del camino que ha conducido al cierre del Examen Preliminar. IV.2. El Acuerdo de Cooperación entre la Fiscalía de la CPI y Colombia: el futuro camino para extender la cooperación en la lucha contra la impunidad. V. CONSIDERACIONES FINALES: EL CIERRE DEL EXAMEN PRELIMINAR SOBRE LA SITUACIÓN EN COLOMBIA, ¿ÉXITO DE LA ESTRATEGIA DE COMPLEMENTARIEDAD POSITIVA O ACICATE PARA LA IMPUNIDAD? VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. CUESTIONES PREVIAS

El 28 de octubre de 2021, el Fiscal Jefe de la Corte Penal Internacional (CPI), Karim Khan, anunció, en el marco de su visita a Bogotá, el cierre del Examen Preliminar sobre la Situación de Colombia, que la Fiscalía de la Corte venía realizando desde junio de 2004, y que se encontraba en Fase 3 –análisis del principio de complementariedad– desde el 2 de marzo de 2005¹, a la vez que adoptaba con el Presidente de Colombia, Iván Duque, un *Acuerdo de Cooperación*, llamado a enmarcar las relaciones entre la Fiscalía de la Corte y Colombia en el futuro.

Con ello, la situación bajo Examen Preliminar más larga en la historia de la CPI, y una de las más complejas, innovadoras, y también controvertidas, llegaba a su fin. Y no precisamente con la elevación de la misma a investigación por parte de la Corte, a lo que, al menos en un primer momento –y durante bastantes años–, pareció estar claramente abocada; sino con el cierre de la misma debido al convencimiento de la Fiscalía de que Colombia no sólo *puede* –cosa sobre la que nunca había habido dudas– sino que también *quiere* llevar a cabo *genuinamente* su competencia primaria –que, como Estado soberano, tiene el poder y, sobre todo, el deber de ejercitar– en materia de investigación y establecimiento de responsabilidades por la comisión de crímenes de competencia de la CPI, tanto temporal como materialmente en el contexto del conflicto armado de Colombia.

Se descarta así en opinión de la Fiscalía, al menos en las circunstancias del momento presente, la existencia, actual o potencial, de impunidad por la comisión de tales crímenes, en gran medida gracias al sistema de justicia transicional

¹ Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 2.

incluido en el Acuerdo Final con las FARC, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano e implementado durante los últimos años –la Justicia Especial para la Paz (JEP)– y, con ello, constata la falta de necesidad de activar el ejercicio de la competencia complementaria de la Corte para evitarla. Así, en el Preámbulo del Acuerdo entre la Fiscalía de la Corte y Colombia se puede leer:

«*Reconociendo* la fortaleza y resiliencia de las instituciones en Colombia, su pueblo, sus Gobiernos y la sociedad civil, al igual que el progreso alcanzado por las autoridades judiciales en la rendición de cuentas, tanto a través de la justicia ordinaria como de los sistemas de justicia transicional, incluyendo el sistema de Justicia y Paz y el sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz, destacando en particular su papel positivo;

(...)

Tomando nota de la demostrada capacidad y voluntad de Colombia hasta la fecha para administrar genuinamente justicia relacionada con los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional»².

Esta decisión de la Fiscalía plantea numerosas cuestiones, a la vez que ofrece una oportunidad de revisar una actuación, larga, compleja y continuada; muchas veces criticada, aunque también elogiada³. El repaso a dicha actuación de la Fiscalía, junto a la de la relación, pasada pero también actual y hacia el futuro, entre Colombia y la CPI puede ser de gran utilidad no sólo para estudiar la labor de la Fiscalía en relación a uno de sus ámbitos de actuación

² *Acuerdo de Cooperación entre la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional y el Gobierno de Colombia*, Bogotá, 28 de octubre de 2021, Preámbulo.

³ *Vid.* entre otros, AMBOS, K. & HUBER, F., *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is there sufficient willingness and ability on the part of the Colombian authorities or should the Prosecutor open an investigation now?*, Institute for Criminal Law and Justice, Georg-August Universität Göttingen, enero de 2011; AVOCATS SANS FRONTIÈRES-CANADA, *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: –más allá de lo positivo–. Un análisis sobre la necesidad de adoptar otra aproximación frente a un Estado que no quiere judicializar los crímenes que comprometen su responsabilidad internacional y la de sus altos funcionarios*, 2012; OLÁSULO ALONSO, H., «El impacto del examen preliminar de la CPI sobre los delitos de lesa humanidad cometidos desde el 1 de noviembre de 2002 en el proceso de negociación de paz entre el gobierno y las FARC», en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, C. M. Díaz Barrado, C. R. Fernández Liesa & J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (dir.), Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 711-735; PIGRAU SOLÉ, A., «Colombia: la investigación pendiente de la Corte Penal Internacional», en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos...*, *op. cit.*, pp. 655-690; QUESADA ALCALÁ, C., «La justicia penal internacional y Colombia», en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos...*, *op. cit.*, pp. 691-710.

más relevantes, los Exámenes Preliminares, sino también, y quizá sobre todo, para analizar uno de los caminos posibles, aunque no previamente previstos, que dichos Exámenes pueden tomar: la conocida como «complementariedad positiva», de la que la situación de Colombia ha sido ejemplo paradigmático⁴.

Junto a ello, claro está, la implementación del contenido del Acuerdo Final con las FARC en lo que aquí importa –el establecimiento de la JEP como sistema de justicia transicional acordado para la investigación, determinación de los hechos criminales y con ello el establecimiento de la verdad, así como para el enjuiciamiento y establecimiento de responsabilidades por dichos crímenes– ofrece además la oportunidad de analizar cuestiones centrales para la CPI en relación con el principio de complementariedad como: qué se debe considerar por «procesos genuinos de investigación y enjuiciamiento a nivel nacional» y cuáles son los criterios que la Fiscalía de la Corte debe tener en cuenta para determinar si lo son o no en cada situación bajo examen preliminar por su parte. Y es que, como recientemente afirmara el Fiscal Adjunto, James STEWART, en una de sus visitas a Colombia:

«Si estos criterios respecto de la voluntad efectiva de investigar se cumplen, entonces los casos no son admisibles ante la CPI.

Sin embargo, si el Estado en última instancia no está dispuesto a llevar a cabo la rendición de cuentas de manera genuina, o no puede realmente hacerlo, la Fiscal tiene la obligación con arreglo al Estatuto de Roma de intervenir»⁵.

Con esas finalidades, en lo que sigue analizaremos, en primer lugar, las relaciones entre Colombia y la CPI, tanto desde la perspectiva general de la ratificación del Estatuto de Roma por Colombia, sus vicisitudes y contenido; en especial, en relación a las limitaciones al ejercicio de la competencia por parte de Corte que se derivan de ello. Para, en segundo término, centrarnos en el Examen Preliminar llevado a cabo por la Fiscalía de la Corte de la situación de Colombia durante más de 17 años.

⁴ Como la propia Fiscalía de la Corte reconoce en el Preámbulo del Acuerdo con Colombia: «durante los últimos 17 años, Colombia y la Fiscalía han desarrollado una relación de cooperación (que) constituye una valiosa experiencia que puede ser replicada en otras situaciones en el mundo». *Acuerdo de Cooperación entre la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional y el Gobierno de Colombia*, Bogotá, 28 de octubre de 2021, Preámbulo.

⁵ STEWART, J., «Prácticas contemporáneas sobre justicia transicional: el impacto de los tribunales internacionales con jurisdicción complementaria», 29 de octubre de 2020, p. 5 (<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20201029-JKS-Speech-COL>); para todas las webs citadas, última visita el 15 de enero de 2021).

A partir de ahí, nos centraremos en el final de dicho Examen Preliminar y en el Acuerdo de Cooperación adoptado como marco de regulación de las relaciones entre Colombia y la Fiscalía de la Corte a partir de ese momento, tratando de valorar si la misma es resultado, al menos en parte, del exitoso desarrollo de la llamada estrategia de «complementariedad positiva» llevado a cabo desde el principio por la Fiscalía de la Corte, tal y como ella misma argumenta; o si se trata, por el contrario, de una decisión prematura, como algunos temen⁶, que supone un cierre en falso del Examen Preliminar que pueda tener como consecuencia no deseada el fortalecimiento de aquellos que en Colombia no desean la genuina investigación y enjuiciamiento, sino la impunidad, al menos en relación a algunos de los mayores responsables de los crímenes más graves.

II. LA RATIFICACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA POR COLOMBIA Y LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El presidente de Colombia, Andrés Pastrana, firmó el Estatuto de la Corte Penal Internacional el 10 de diciembre de 1998, apenas unos meses después de su adopción en Roma, el 17 de julio de ese mismo año; siendo ratificado finalmente por Colombia el 5 de agosto de 2002⁷, dos meses después de su entrada en vigor general, y tan solo dos días antes de la asunción de la presidencia por Álvaro Uribe. En consecuencia, el Estatuto de Roma entró en vigor para Colombia el 1 de noviembre de 2002.

II.1. *La competencia de la Corte Penal Internacional respecto a Colombia*

Sin embargo, para determinar la *competencia temporal* de la Corte en relación con Colombia, además de esta última fecha, en aplicación del principio de irretroactividad penal contenido en el artículo 11.1 y 2 del Estatuto de Roma;

⁶ Vid. HUMAN RIGHTS WATCH, *Colombia: Carta al Fiscal de la Corte Penal Internacional*, de 30 de septiembre de 2021 (<https://www.hrw.org/es/news/2021/10/14/colombia-carta-al-fiscal-de-la-corte-penal-internacional>).

⁷ Con anterioridad, de acuerdo con el sistema constitucional colombiano, el Congreso Nacional lo aprobó por Ley 742 de 5 de junio 2002 y la Corte Constitucional avaló su constitucionalidad por sentencia C-578/02, de 30 de julio de 2002.

es importante señalar que el gobierno colombiano realizó una declaración en el momento del otorgamiento del consentimiento en obligarse por éste por la cual no aceptaba la competencia de la Corte en relación con los crímenes de guerra por un periodo de 7 años, el máximo permitido por el artículo 124 del Estatuto, que recoge esta posibilidad.

Más allá de lo significativo de dicha declaración por su contenido –significativo políticamente, sin duda, pero también, y muy especialmente diría, desde la perspectiva jurídica, en lo que hace al debate, increíblemente todavía vivo, al menos políticamente, sobre la conceptualización del conflicto de Colombia como conflicto armado y la aplicación al mismo o no del Derecho Internacional Humanitario⁸–, lo relevante desde la perspectiva de la competencia temporal de la Corte es que en relación a los crímenes de guerra la CPI sólo tendrá competencia respecto a Colombia sobre los cometidos a partir del 1 de noviembre de 2009; mientras que en relación a los crímenes de genocidio y lesa humanidad la tendrá a partir del 1 de noviembre de 2002.

Desde la perspectiva de la *competencia material*, conviene todavía detenerse algo más en la declaración con la que Colombia acompañó la ratificación del Estatuto de Roma. Y es que en el párrafo primero del apartado 1 de la citada declaración unilateral Colombia afirma:

«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».

Como señalaba un informe de Amnistía Internacional al respecto, «parece que el gobierno colombiano intenta conseguir que el Fiscal de la Corte no interfiera en su decisión de conceder impunidad a autores de violaciones de derechos humanos presentando éstas como si fueran de naturaleza política y estuvieran, por tanto, fuera de la competencia del Fiscal. Sin embargo, puesto que estos delitos constituyen crímenes de guerra y crímenes de

⁸ Para un análisis sobre esta cuestión *vid.* VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Derecho Internacional ante el conflicto de Colombia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; en especial, Capítulo Tercero «La calificación jurídica internacional del conflicto de Colombia», pp. 157-187.

lesa humanidad, calificarlos de ‘delitos políticos’, no exime a sus autores de responsabilidad penal internacional»⁹. En efecto, la distinción entre delitos políticos, indultables, y los «crímenes internacionales centrales –*international core crimes*: los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra, que son sobre los que posee competencia la CPI, como es bien sabido–, de imposible indulto de acuerdo con el Derecho Internacional vigente, se ha mantenido en el Acuerdo Final con las FARC y en la Ley 1820, *sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales*, de 30 de diciembre de 2016; conformándose así como uno de los puntos de partida esenciales del sistema de justicia de transición colombiano.

En efecto, como se reconoce en el Acuerdo Final: «Hay delitos que no son amnistiables ni indultables de conformidad con los numerales 40 y 41 de este documento. *No se permite amnistiar los crímenes de lesa humanidad, ni otros crímenes definidos en el Estatuto de Roma*»¹⁰. En concreto, no lo serán, además de «los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión»¹¹ –y que no son de relevancia aquí, pues no son competencia de la CPI–, los siguientes:

«No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra –esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática–, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma»¹².

En el mismo sentido, consecuentemente, la Ley 1820, de 30 de diciembre de 2016 –que tiene por objeto «regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos con estos, así como adoptar tratamientos penales especiales diferenciados, en especial para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa,

⁹ Amnistía Internacional, *Corte Penal Internacional: Declaraciones que constituyen reservas prohibidas al Estatuto de Roma*, AI: IOR 40/032/2005, de 2005, p. 19.

¹⁰ *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, Bogotá, 24 de noviembre de 2016, p. 148. *Cursivas añadidas.*

¹¹ *Ibid.*, p. 152, par. 41.

¹² *Ibid.*, p. 151, par. 40.1.

con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado»¹³– establece que no «se incluyen las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario», que el Estado colombiano debe «investigar, esclarecer, perseguir y sancionar»¹⁴, ni a nadie se «exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz»¹⁵.

Como he afirmado en otro lugar, «(d)e este modo, el Acuerdo Final trata de cuadrar y cerrar el círculo que significa encontrar el equilibrio para el caso concreto del conflicto colombiano entre las exigencias de Justicia y Paz, cuya clave de bóveda son el reconocimiento, respeto y garantía del contenido mínimo esencial de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación: de un lado, estableciendo –con fundamento jurídico en la propia exhortación a los Estados parte contenida en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra– ‘una amnistía lo más amplia posible’, incluyendo los delitos políticos y delitos conexos, de la que se excluyen los crímenes internacionales centrales –*core crimes*–; y, de otro, creando una jurisdicción transitoria especial –la Jurisdicción Especial para la Paz– para la efectiva investigación, esclarecimiento y sanción de estos últimos, que incluye, para quienes reconozcan la verdad y su responsabilidad en los mismos, sanciones alternativas restrictivas de las libertades, aunque no prisión, de menor duración de las ordinarias»¹⁶.

¹³ Ley 1820, *por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones*, de 30 de diciembre de 2016, artículo 2.

¹⁴ *Ibid.*, artículo 10.

Para el caso del *tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado*, regulado en la misma Ley, el artículo 46 especifica: «Este mecanismo no procede cuando se trate de:

1. Delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.
2. Delitos que no fueron cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.
3. Delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la Fuerza Pública, el honor y la seguridad de la Fuerza Pública, contemplados en el Código Penal Militar».

¹⁵ *Ibid.*, artículo 14.

¹⁶ VACAS FERNÁNDEZ, F., *El conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las Relaciones Internacionales*, ed. Doctrina & Ley, Bogotá (Colombia), 2017, p. 447-448.

Así pues, desde la perspectiva de la competencia, son susceptibles de persecución por la CPI las personas mayores de 18 años presuntamente responsables de los crímenes de genocidio y lesa humanidad potencialmente cometidos en Colombia a partir del 1 de noviembre de 2002 y los crímenes de guerra a partir del 1 de noviembre de 2009¹⁷.

II.2. *El ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional en el caso de Colombia*

Junto a la competencia general de la Corte, el ejercicio de su competencia también plantea importantes cuestiones generales que se deben tener en cuenta y que presentan matices específicos en el caso que nos ocupa; en especial, en relación al cuándo y cómo puede iniciarse una investigación por parte de la CPI. En relación a ello, el papel de la Fiscalía de la Corte resulta clave pues es ella quien, de acuerdo con el artículo 13 del Estatuto, inicia la investigación, en el ejercicio de la competencia de la Corte, bien porque haya sido así solicitado a instancia de un Estado Parte, bien porque lo haya aprobado el Consejo de Seguridad a través de una resolución del Capítulo VII, o bien porque lo haga de oficio la propia Fiscalía. En el bien entendido que en el primer y tercer caso –cuando se inicia ya a instancia de Estado Parte ya de oficio por el Fiscal–, de acuerdo con el artículo 12.2, debe concurrir una condición previa para el ejercicio de la competencia de la CPI:

- «si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:
- a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;
 - b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen».

Pues bien, esa concurrencia de al menos uno de los puntos de conexión exigidos para que la Corte pueda ejercitar su competencia en el caso de Colombia se cumple, como acabamos de ver, pues Colombia es parte del Estatuto.

¹⁷ *Vid.* Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020, Situación de Colombia*, 14 de diciembre de 2020, par. 108 y 109.

Ahora bien, de las tres vías previstas, ni la primera ni la segunda parece probable que vayan a ser utilizadas nunca en el caso de Colombia. Como sostiene PIGRAU SOLÉ: «Colombia no parece que vaya a llevar, por su propia iniciativa, la situación en su país ante la Corte, posición influida, sin duda, por el grado de implicación de órganos del Estado en una parte de los crímenes cometidos y por la resistencia a ello de sectores poderosos de la sociedad colombiana. No parece posible tampoco que la situación en Colombia sea sometida a la Corte por el Consejo de Seguridad, si se tiene en cuenta la larga trayectoria de cooperación estrecha entre los Estados Unidos de América y Colombia»¹⁸.

Y es que, no se debe olvidar que *la CPI no conoce de casos específicos*, aislados de su contexto, *sino de situaciones completas*, y complejas, con todo lo que ello conlleva. En efecto, como recordaba el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, James STEWART, en una de sus visitas a Colombia: «La Fiscal tiene la obligación de examinar la información concerniente a *todas las partes del conflicto en una situación determinada*, y esto se aplica también a Colombia»¹⁹. Porque, como sostiene EL AMINE, «le système de saisine de la Cour a été conçu de telle façon qu'il est impossible de la saisir pour un crime spécifique ou renvoyer un individu devant elle pour jugement»²⁰. Se trata, en fin, de la más importante defensa que posee la CPI para evitar que sea instrumentalizada políticamente por nadie.

En efecto, como he indicado en otro lugar, la exigencia de elevación a la Corte únicamente de «situaciones», no de crímenes concretos, se establece «no porque sí, sino por relevantes motivos relativos a la concepción misma de lo que debe ser la Corte Penal Internacional y, sobre todo, lo que no debe ser. En efecto, de un lado, ello supone un instrumento mayor para evitar el peligro, cierto y temido por algunos Estados, de que se utilice la Corte con fines políticos pudiendo *elegir a la carta* los asuntos específicos que se elevasen a ser enjuiciados por la Corte. Pero, además, y sobre todo, con ello se trata de evitar que el Gobierno de un Estado utilice a la Corte contra su oposición política; de tal forma que si un Estado remite al Fiscal una situación, éste la

¹⁸ PIGRAU SOLÉ, A., «Colombia: la investigación pendiente de la Corte Penal Internacional», en *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos...*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁹ STEWART, J., *La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, Bogotá, 13 de mayo de 2015, p. 8. (Cursivas añadidas).

²⁰ EL AMINE, H., «Pourquoi la Cour pénale internationale n'est-elle pas compétente en matière de terrorisme international ?», en *Terrorisme et droit international*, M. J. Glennon & S. Sur (dir.), Académie de Droit International de la Haye, Leiden/Bosto, Martinus Nijhoff Pub.n, 2008, p. 262.

investigará en su conjunto, en relación a todos los hechos relevantes que dicha situación enmarca, y no sólo limitada a unos hechos excluyendo otros»²¹, a la investigación de unos crímenes y no a otros dependiendo de quién pueda ser su presunto autor.

Esta, como no se le escapa a ningún conocedor de la situación política de Colombia, es una cuestión central pues algunas posiciones políticas, en especial las lideradas por el antiguo presidente Uribe Vélez –muy críticas, como es bien sabido, con el proceso de paz con las FARC, el Acuerdo Final y su implementación posterior–, han venido defendiendo con intensidad la activación de la investigación por parte de la CPI para evitar la, presunta, impunidad a la que abocarían los sistemas de justicia transicional contenidos en el Acuerdo Final con las FARC; en especial la JEP. Pero ignorando –ya sea por desconocimiento, lo cual se antoja difícil, ya por cinismo extremo– que a la Corte sólo pueden llegar situaciones, generales y completas, no únicamente algunos de los crímenes cometidos y, mucho menos, los cometidos sólo por una parte y no por las demás²².

Así las cosas, en relación a Colombia no quedaba otra vía que la *apertura de investigación de oficio por parte del Fiscal*. Para ello el artículo 53, en su primer párrafo, establece que éste, «después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto». En dicha evaluación la Fiscalía deberá tener en cuenta si:

- «a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;

²¹ VACAS FERNÁNDEZ, F., «*El terrorismo como crimen internacional...*», *op. cit.*, p. 262.

²² Entre otras muchas declaraciones del mismo tenor, baste la siguiente respuesta de Uribe Vélez en una entrevista concedida al *ABC* de Madrid en 2016 en relación al Acuerdo Final con las FARC: «En el acuerdo hay impunidad abierta e impunidad disfrazada. Hablando de la impunidad abierta, nos encontramos con que, a pesar de que las FARC son el primer cartel de cocaína del mundo, el Gobierno ha aceptado en este acuerdo que el narcotráfico sea delito conexo con el político. Por ende, no irán a la cárcel ni los extraditarán, y además les permitirán la elegibilidad política. Y luego está eso que yo llamo la impunidad disfrazada. El Gobierno asegura que los delitos atroces serán juzgados y sentenciados, pero a renglón seguido admitió que sus responsables no irán a la cárcel y gozarán de la elegibilidad política. Eso va contra la Convención Americana de Derechos Humanos, contra el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y es un mal ejemplo. La historia de las impunidades es la historia de creación de nuevas violencias». *Álvaro Uribe: «El acuerdo de Santos con las FARC no es de paz, es de impunidad»*, Madrid, 31 de marzo de 2016 (https://www.abc.es/internacional/abci-alvaro-uribe-acuerdo-santos-farc-no-impunidad-201603300234_noticia.html)

- b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;
- c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia».

Se trata, en definitiva, de realizar por parte de la Fiscalía un examen preliminar, anterior a la decisión de apertura de una investigación, consistente en, primero, determinar si la Corte posee jurisdicción sobre los supuestos crímenes que se recogen en las informaciones que le han llegado al Fiscal; segundo, establecer que, teniendo competencia la Corte, la situación es admisible de acuerdo con lo establecido en el artículo 17, lo que implica, de un lado, aplicar el *principio de complementariedad* según lo establecido en los párrafos a), b) y c) del mencionado artículo, y, de otro, valorar su *gravedad* de acuerdo con el párrafo d); y, en tercer y último lugar, sopesar el *interés de la justicia* en el caso. Dicha valoración de los factores indicados marca las fases a través de las cuales se desarrolla el procedimiento que sigue la Fiscalía para evaluar la información que recibe y su orden.

Así, el Examen Preliminar consta de cuatro fases: en la *Fase 1*, se realiza un *primer somero análisis de la información* recibida, con el objetivo de filtrar los posibles crímenes de competencia de la Corte de los que claramente no lo son. De este modo, todas las informaciones que llegan a la Fiscalía se incluirán en alguna de las siguientes cuatro categorías: a) están manifiestamente fuera de la competencia de la Corte, b) se refieren a una situación que ya está bajo Examen Preliminar, c) se refieren a una situación que ya está bajo investigación o forma la base de un asunto que está siendo enjuiciado por la Corte, d) no están manifiestamente fuera de la competencia de la Corte ni forman parte de una situación bajo Examen Preliminar o que ya se está investigando o enjuiciando. Las primeras serán desechadas, las segundas y terceras se añadirán al asunto correspondiente –en la fase en que se encuentre: examen preliminar, investigación o enjuiciamiento– y sólo las del cuarto grupo pasarán a conformar un nuevo examen preliminar en *Fase 2*.

En ella se abre de manera formal el Examen Preliminar como tal sobre la situación correspondiente y se centra en *determinar la competencia de la Corte*, tanto sobre si hay base razonable para creer que los supuestos crímenes son competencia de la Corte, como desde el punto de vista de si se cumplen o no las precondiciones establecidas en el artículo 12. Como señala el informe sobre Exámenes Preliminares, de noviembre de 2013: «Phase 2 leads to the submission of an ‘Article 5 report’ to the Prosecutor, in refe-

rence to the material jurisdiction of the Court as defined in article 5 of the Statute»²³.

Una vez establecida positivamente la competencia de la Corte, se pasa a la *Fase 3*, que se centra en la *admisibilidad en términos de complementariedad y gravedad*, y da lugar a «the submission of an ‘Article 17 report’ to the Prosecutor, in reference to the admissibility issues as defined in article 17 of the Statute»²⁴. Si es así, finalmente, en la *Fase 4* se examina el «*interés de la justicia*»²⁵ y, si es positivo, «results in the production of an ‘Article 53(1) report,’ which provides the basis for the Prosecutor to determine whether to initiate an investigation in accordance with article 53(1)»²⁶. Ahora bien, en relación a esta Fase 4, y en atención a la gravedad de los crímenes para los que es competente la Corte –genocidio, lesa humanidad, de guerra y de agresión–, lo natural, y lo que hasta el momento ha venido haciendo la Fiscalía en la práctica, es que, llegados a esta Fase 4, la valoración sobre si es del interés de la justicia es siempre positiva. Por ello, la clave de todo examen preliminar se sitúa en las fases 2 –competencia– y 3 –complementariedad–. Veámoslo en el caso de estudio que nos ocupa.

III. EL EXAMEN PRELIMINAR DE LA FISCALÍA DE LA CORTE SOBRE LA SITUACIÓN DE COLOMBIA

En el caso de Colombia, la Fiscalía de la Corte ha venido recibiendo gran número de comunicaciones, que están siendo analizadas en el marco del *Examen Preliminar que la Fiscalía abrió en relación con Colombia en junio de 2004* –Fase 2–²⁷. Pues bien, en lo que sigue vamos a analizar el desarrollo del Examen Preliminar sobre la situación de Colombia a lo largo de estos 17 años; prestando una especial atención a la Fase 3 de la misma y a la aplicación inédita por la Fiscalía en este caso de lo que se ha venido a denominar como «complementariedad positiva».

²³ Corte Penal Internacional, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, Oficina del Fiscal, noviembre 2013, par. 81.

²⁴ *Ibid.*, par. 82.

²⁵ *Vid.*, Corte Penal Internacional, *Policy Paper on the Interests of Justice*, Office of the Prosecutor, September 2007.

²⁶ Corte Penal Internacional, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, Oficina del Fiscal, noviembre 2013, par. 83.

²⁷ Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 2.

III.1. *El análisis relativo a la competencia de la Corte: la Fase 2*

El 2 de marzo de 2005, la Fiscalía informó al Gobierno de Colombia de que concluía la Fase 2 del examen preliminar sobre la situación de Colombia con un informe positivo del artículo 5; esto es, en menos de un año, la Fiscalía había concluido del análisis de la información recibida que sin duda en Colombia se habían cometido, durante el periodo en el que es competente la Corte respecto a este país, crímenes de competencia de la Corte. Más específicamente, como se determina en el informe de la Fiscalía sobre la Situación de Colombia de noviembre de 2012 –informe clave, pues es hasta el momento en el que de manera más exhaustiva se analiza el presente Examen Preliminar–, en primer lugar, en relación a la comisión de *crímenes de lesa humanidad por actores no estatales*:

«Sobre la base de la información disponible, y sin perjuicio de otros posibles crímenes de competencia de la Corte que puedan determinarse en el futuro, la Fiscalía ha determinado que existen motivos razonables para creer que desde el 1 de noviembre de 2002 hasta la fecha, como mínimo, los siguientes actos, que constituyen crímenes de lesa humanidad, se han cometido por actores no estatales, a saber las *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia* (FARC), el *Ejército de Liberación Nacional* (ELN) y grupos paramilitares: asesinato, en virtud del artículo 7(1)(a) del Estatuto; traslado forzoso de población, en virtud del artículo 7(1)(d) del Estatuto; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional, en virtud del artículo 7(1)(e) del Estatuto; tortura, en virtud del artículo 7(1)(f) del Estatuto; y violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 7(1)(g) del Estatuto»²⁸.

En segundo lugar, respecto a *crímenes de guerra presuntamente cometidos por actores no estatales*, el informe concluye:

«Asimismo, existe una base razonable para creer que desde el 1 de noviembre de 2009 hasta la fecha, como mínimo, los siguientes actos, que constituyen crímenes de guerra, se han cometido por las FARC y el ELN: homicidio, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ataques dirigidos contra la población civil, en virtud del artículo 8(2)(e)(i); tortura y tratos crueles, en virtud

²⁸ *Ibid.*, par. 5. *Vid.* para su análisis en profundidad, par. 37-91.

del artículo 8(2)(c)(i); ultrajes contra la dignidad personal, en virtud del artículo 8(2)(c)(ii); toma de rehenes, en virtud del artículo 8(2)(c)(iii); violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 8(2)(e)(vi); reclutamiento, alistamiento y utilización de niños para participar activamente en hostilidades, en virtud del artículo 8(2)(e)(vii)»²⁹.

Resulta importante señalar que el informe habla en relación a la comisión de presuntos crímenes de guerra únicamente de los grupos guerrilleros –FARC y ELN– y no de paramilitares, porque a la altura del 1 de noviembre de 2009, fecha a partir de la cual la Corte tiene competencia para enjuiciar este tipo de crímenes en relación a Colombia, como hemos visto, los grupos paramilitares, como parte en el conflicto armado, se habían aparentemente desmovilizado como resultado de sus acuerdos con el Gobierno Uribe. Sin embargo, ello sólo en apariencia, puesto que la violencia por parte de los mismos no solo continuó, sino que fue claramente en aumento a partir de la entrada en vigor de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras de 2011³⁰, intensificándose más si cabe en los últimos años, tras el Acuerdo Final con las FARC³¹. De ahí que la propia Fiscalía indique que «sigue analizando si los denominados ‘grupos paramilitares sucesores’ o ‘nuevos grupos armados ilegales’ podrían considerarse grupos armados organizados que son parte en el conflicto armado o si reúnen los requisitos de la política de una organización necesarios para cometer crímenes de lesa humanidad»³². De ahí, en fin, que desde su informe de 2018 la Fiscalía de la Corte le dedique un amplio apartado específico a lo que denomina «Procedimientos relativos a la promoción y expansión de los grupos paramilitares»³³.

²⁹ *Ibid.*, par. 6. *Vid.* para su análisis en profundidad, par. 132-147.

³⁰ Ley 1448 de Víctimas y Restitución de Tierras, de 10 de junio de 2011.

³¹ Para un análisis en profundidad de los grupos paramilitares en Colombia, los acuerdos con las autodenominadas AUC, el posterior proceso de desmovilización, sus imperfecciones e irregularidades y su reactivación, *vid.* VACAS FERNÁNDEZ, F., «*El Derecho Internacional ante el conflicto de Colombia...*», *op. cit.*, pp. 114-145.

³² Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 7.

³³ Así, en su último informe, publicado en diciembre de 2020, entre otras cosas, en el mencionado apartado se refiere lo siguiente: «La Fiscalía General de la Nación señaló que estaba llevando adelante un total de 2.683 casos contra civiles o agentes del Estado que no eran miembros de las fuerzas públicas por crímenes relacionados con la promoción, apoyo o financiamiento de grupos ilegales. De ellos, la Fiscalía General de la Nación informa que 1.329 estaban activos, mientras que otros 1.354 estaban inactivos. En relación con los casos activos, la Fiscalía General de la Nación informó que 703 guardaban relación con crímenes presuntamente cometidos por civiles, 283 por agentes estatales». Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020, Situación de Colombia*, 14 de diciembre de 2020, par. 112.

Finalmente, y en relación con las *fuerzas estatales, policía y ejército*, el informe, después de hacer referencia a los conocidos eufemísticamente como «falsos positivos»³⁴, señala que hay fundamento suficiente para considerar que se han cometido *crímenes de lesa humanidad*:

«(S)obre la base de la información disponible y sin perjuicio de la existencia de otros posibles crímenes de competencia de la Corte que puedan determinarse en el futuro, la Fiscalía ha determinado que existe un fundamento suficiente para creer que desde el 1 de noviembre de 2002, como mínimo los siguientes actos que constituyen crímenes de lesa humanidad han sido cometidos por órganos del Estado: asesinato, en virtud del artículo 7(1)(a) del Estatuto, y desaparición forzada, en virtud del artículo 7(1)(i) del Estatuto de Roma. La Fiscalía seguirá analizando si existe fundamento suficiente para creer que en los casos de falsos positivos, se cometió tortura de forma sistemática o generalizada como parte de una política de una organización»³⁵.

Política de una organización, en este caso de *Estado* propiamente, que, como se sabe, es elemento constitutivo del tipo de crimen de lesa humanidad³⁶ y que deja abierto, en lo que a la situación de Colombia se refiere, otro punto importante: el nivel político en el que se concibió dicha política de Estado. Puesto que, como ha indicado la propia CPI en relación a otra situación, ésta «no tiene por qué haber sido concebida en las esferas más altas del aparato estatal, sino que puede haber sido adoptado por instancias estatales regionales o locales. Así, una política adoptada a nivel regional o local puede cumplir los requisitos relacionados a la existencia de una política del Estado»³⁷. Ello es, por tanto, bastante para que la Fiscalía concluya, como hemos visto, la existencia de indicios suficientes para sostener la comisión por parte de órganos del Estado de crímenes de lesa humanidad.

³⁴ Mucho más adecuada es la denominación de asesinatos, ejecuciones extrajudiciales o la utilizada por la JEP en la denominación del Caso 03 «muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado». JEP, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los hechos y conductas, auto n.º 005, de 17 de julio de 2018 (<https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/03.html>)

³⁵ *Ibid.*, par. 9. *Vid.* para su análisis en profundidad, en relación con crímenes de lesa humanidad par. 92-122; y respecto a crímenes de guerra, par. 148-151.

³⁶ *Vid.* VACAS FERNÁNDEZ, F., «*El terrorismo como crimen internacional...*», *op. cit.*; en especial, pp. 221-228.

³⁷ *Situation in the Republic of Kenya*, «Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya», 31 de marzo de 2010, ICC-01/09-19-Corr, párr. 89.

Lo que todavía está abierto en la situación de Colombia es la cuestión de la esfera del Estado en la que se concibió dicha política, por lo que «la Fiscalía sigue analizando información para esclarecer si esa política se podría haber formado a niveles más altos del aparato del Estado»³⁸. Cuestión que sigue sin respuesta aún hoy, después de la decisión adoptada por la Fiscalía de la Corte de cerrar el Examen Preliminar. Es esta precisamente la cuestión más sensible, y potencialmente más problemática desde la perspectiva de la impunidad, en relación con la decisión de terminación adoptada, como veremos en el último apartado.

Finalmente, y en relación a los *crímenes de guerra* presuntamente cometidos por agentes del Estado, la Fiscalía concluye:

«Existe fundamento suficiente para creer que desde el 1 de noviembre de 2009 hasta la fecha miembros de las fuerzas armadas han cometido, como mínimo, los siguientes actos, que constituyen crímenes de guerra: homicidio, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ataques dirigidos contra civiles, en virtud del artículo 8(2)(e)(i); tortura y tratos crueles, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ultrajes contra la dignidad personal, en virtud del artículo 8(2)(c)(ii); y violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 8(2)(e)(vi)»³⁹.

Por todo ello, en palabras de la Fiscalía:

«El análisis que antecede indica que la conducta de los distintos grupos armados mencionados cumple los requisitos contextuales y los actos subyacentes necesarios para que se le dé consideración de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. En consecuencia, la Fiscalía ha llegado a la conclusión de que *existe fundamento razonable para creer que se han cometido crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en el contexto de la situación*»⁴⁰.

III.2. *La aplicación por la Fiscalía de la CPI de la llamada complementariedad positiva a Colombia*

De este modo, desde marzo de 2005 la situación de Colombia se situó en la Fase 3 del Examen Preliminar. En ella se analizó cuidadosa, concienzudamente, diría, durante 16 años y medio, y una vez aclarada positivamente la

³⁸ Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 9.

³⁹ *Ibid.*, par. 10.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 152. *Cursivas añadidas.*

competencia de la Corte, la cuestión de su admisibilidad. Y ello, no en relación con *la gravedad del asunto*, según el artículo 17.1.d), que nunca planteó debate alguno, por su obviedad; sino respecto al principio de complementariedad, de acuerdo con las letras a), b) y c) del citado artículo.

En efecto, en relación a lo primero, teniendo en cuenta que la Sala de Apelaciones de la CPI ha descartado establecer un límite demasiado elevado en su interpretación de la gravedad, con el fin de no obstaculizar la función preventiva que posee la propia Corte⁴¹, de un lado, y, de otro, habiendo visto la escala, naturaleza y el impacto de los crímenes que se indican en esta situación, resultaba claro desde el principio que dicho requisito se cumplía sin lugar a dudas en el caso de Colombia⁴². Como subrayan AMBOS y HUBER en su informe sobre *el proceso de paz en Colombia y el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional*:

«As to Colombia, the gravity standard can be evaluated on the basis of quantitative criteria, especially in the light of the scale, nature and manner of the violence and crimes committed. Due to the number, seriousness and systematic and widespread character of the crimes committed by non-state armed groups, there can be no doubt that the Colombian situation overcomes the threshold of gravity of Art. 17 (1) (d)»⁴³.

Pero, junto a ello, conviene tener presente, como indica la Fiscalía y atendiendo precisamente a este factor de gravedad, que *el foco de la misma se situará sobre los principales responsables de los crímenes más graves que se hayan cometido en la situación*⁴⁴; lo que en el caso de Colombia se configura en uno de los problemas, si bien no único, sí principal, que explican el mantenimiento

⁴¹ *Vid. Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled «Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58,» ICC-01/04-169, under seal 13 July 2006; reclassified public 23 September 2008, paras. 69-79.

⁴² *Vid. QUESADA ALCALÁ, C., «La justicia penal internacional y Colombia», en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos..., op. cit., p. 699.*

⁴³ AMBOS, K. & HUBER, F., *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is there sufficient willingness and ability on the part of the Colombian authorities or should the Prosecutor open an investigation now?*, Institute for Criminal Law and Justice, Georg-August Universität Göttingen, enero de 2011, p. 3.

⁴⁴ *Vid. Situation in the Republic of Kenya*, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15, ICC-01/09-3, 26 November 2009, paras. 55 and 78; *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, para. 50.

del Examen Preliminar en su Fase 3 durante tantos años, como vamos a ver en el siguiente apartado:

«The gravity assessment is an important consideration in the opening of investigations, bearing in mind the potential cases that are likely to arise from an investigation. The principle of impartiality as described above does not mean an ‘equivalence of blame’ between different persons and groups within a situation, or that the Office must necessarily prosecute all sides, in order to balance-off perceptions of bias; instead, it requires the Office *to focus its efforts objectively on those most responsible for the most serious crimes within the situation in a consistent manner*, irrespective of the States or parties involved or the person(s) or group(s) concerned»⁴⁵.

En línea con lo indicado, y una vez resuelta también positivamente la cuestión de la gravedad, el análisis sobre la admisibilidad de la situación de Colombia se centró durante la Fase 3 en determinar si Colombia estaba realizando investigaciones y/o enjuiciamientos de los crímenes indicados sobre los que tiene competencia la CPI y, muy especialmente, respecto a los máximos responsables de los crímenes más graves. Esto es, se centró en el *principio de complementariedad*, esencial para entender el funcionamiento de la Corte⁴⁶, proclamado en el artículo 1.1 del Estatuto, y desarrollado en las letras a), b) y c) del artículo 17.1⁴⁷. De acuerdo con el mencionado principio, en palabras

⁴⁵ Corte Penal Internacional, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, Oficina del Fiscal, noviembre 2013, par. 66. Cursivas añadidas.

⁴⁶ Como se explica en el informe de la Fiscalía, «the ICC to be ‘complementary to national criminal jurisdictions’, accepting that, should a State remain inactive or otherwise be unwilling or unable genuinely to investigate and prosecute crimes under the Court’s jurisdiction, the ICC could independently decide to step in». *Ibid.*, par. 22.

⁴⁷ El artículo 17.1 dice lo siguiente:

«La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

- a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste 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;
- c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20».

de PIGRAU SOLÉ, se habilitaría «la acción de la Corte en casos de inacción o acción incorrecta por parte de los Estados frente a los crímenes que entran dentro de su competencia material»⁴⁸.

En consecuencia, dos son las circunstancias en las que se activaría la admisibilidad de una situación por parte de la CPI sobre la base del principio de complementariedad, tal y como se establece en el artículo 17 del Estatuto: que el Estado, primer competente, o bien *no quiera o bien no pueda* actuar; lo cual lleva a la necesidad de que en la Fase 3 la Fiscalía estudie, de un lado, *la voluntad o disposición*, de otro, *la capacidad del Estado para investigar y enjuiciar* los presuntos crímenes que son competencia de la Corte. En efecto, lo primero que hay que determinar es si el Estado ha desarrollado o está desarrollando algún tipo de actuación en relación con los crímenes competencia de la Corte; de tal modo que, en el supuesto más sencillo, «(t)he absence of national proceedings, i.e. domestic inactivity, is sufficient to make the case admissible»⁴⁹.

Ahora bien, en el caso de que el Estado en cuestión sí haya desarrollado o esté desarrollando investigaciones y/o procedimientos penales al respecto, es cuando la Fiscalía debe proceder a analizar si tales *actuaciones* son *genuinas* –en el sentido de que van realmente dirigidas a establecer responsabilidad penal sobre quienes cometieron los crímenes– o si, por el contrario, están viciadas –por no existir verdadera voluntad y/o capacidad para hacerlo–. Desde la perspectiva de *la voluntad o disposición del Estado*, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 17, ésta no existirá o estará viciada cuando:

- a) tales actuaciones hayan «sido adoptada *con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal* por crímenes de la competencia de la Corte»;
- b) «haya habido una *demora injustificada* en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia»; o,
- c) «el proceso no haya sido o *no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial* y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia»⁵⁰.

⁴⁸ PIGRAU SOLÉ, A., «Colombia: la investigación pendiente...», *op. cit.*, p. 668.

⁴⁹ Corte Penal Internacional, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, Oficina del Fiscal, noviembre 2013, par. 47.

⁵⁰ Cursivas añadidas.

Mientras que por lo que a *la capacidad* respecta, de acuerdo con el párrafo tercero del artículo 17, «la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio».

Es, finalmente, importante indicar desde esta explicación teórica general que, como señala la Fiscalía, «(t)he complementarity assessment is made on the basis of the underlying facts as they exist at the time of the determination and is subject to revision based on change in circumstances»⁵¹. Ello, como veremos en el último apartado, es de igual relevancia en el caso de Colombia tras la decisión de la Fiscalía de cerrar el Examen Preliminar, pues en él se encuentra tanto la base argumental del cierre –de acuerdo con las circunstancias presentes–, como la posibilidad de una futura reapertura del examen –si cambian tales circunstancias–.

Pues bien, como la Fiscalía haría constar en el informe intermedio de 2012, «(l)as autoridades colombianas han llevado a cabo y continúan llevando a cabo numerosas acciones judiciales contra miembros de los diferentes grupos determinados anteriormente por conductas que califican como crímenes de competencia de la Corte»⁵². Opinión que se ha venido manteniendo invariablemente en los sucesivos informes anuales, por lo que con claridad para la Fiscalía en la situación de Colombia *no estamos ni ante un caso de inacción, ni tampoco de incapacidad*.

Por consiguiente, lo que la Fiscalía debía valorar para determinar su admisibilidad o no de acuerdo con el principio de complementariedad era *la voluntad o disposición del Estado*, siguiendo los parámetros indicados, que es precisamente el más complejo de los escenarios. Como señala QUESADA ALCALÁ:

«En los supuestos de asuntos ya investigados, o investigados y abandonados, así como enjuiciados por las jurisdicciones nacionales, como es el caso colombiano, la Corte habrá de realizar un juicio de valor sobre la incapacidad o falta de disposición del Estado para llevar adelante un caso, que

⁵¹ *Ibid.*, par. 58.

⁵² Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 11.

redundará en la valoración del funcionamiento de las jurisdicciones nacionales, la intención de éstas, e incluso su independencia respecto de los poderes políticos del Estado correspondiente»⁵³.

En definitiva, para alcanzar el fin último de la Corte –impedir la impunidad en relación a los máximos responsables de la comisión de los crímenes internacionales más graves– es siempre preferible que sea el propio Estado, a través de sus tribunales –siempre, claro está, que el país tenga los medios necesarios para ello, y Colombia sin duda los tiene, y no se pruebe que carece de voluntad de hacerlo, donde las dudas como vamos a ver persisten–, quien establezca la responsabilidad penal en tales casos: *porque es a quien le corresponde en primer lugar dicha responsabilidad, porque puede llevarla a cabo y porque no hay convicción clara de que no quiera hacerlo*.

A partir de esta base, la estrategia de complementariedad positiva, desarrollada por la Fiscalía en la situación de Colombia por primera vez, supone someter al Estado a una *vigilancia que es proactiva y constructiva*, en el sentido de no sólo observar de cerca cómo se van desarrollando los acontecimientos, los desarrollos legales, las investigaciones y las causas judiciales; sino de, además, contribuir con información, consejos y advertencias a que tales desarrollos respeten el contenido mínimo exigido por el Derecho Internacional vigente en la materia. Para ello, la Fiscalía analizará sistemática y cuidadosamente, de un lado, todas las actuaciones del Estado contra miembros de los distintos actores en el conflicto para tratar de determinar dicha disposición o voluntad del Estado; manteniendo de este modo a Colombia en una situación de vigilancia continuada durante más de 17 años.

Así, en relación a los miembros de *las FARC y el ELN*, afirmaré ya en 2012: «La información disponible indica que las autoridades nacionales han llevado a cabo acciones judiciales pertinentes contra los que parecen ser los máximos responsables de los crímenes más graves entre los miembros de las FARC y el ELN. Según la información disponible, numerosos miembros de las FARC y el ELN, incluidos líderes superiores, han sido objeto de acciones judiciales en el marco del sistema de justicia penal ordinaria de Colombia»⁵⁴. Lo cual no

⁵³ QUESADA ALCALÁ, C., «*La justicia penal internacional...*», *op. cit.*, p. 700.

⁵⁴ En concreto, se indicaba que «218 miembros de las FARC y 28 miembros del ELN han sido condenados por conductas que constituyen crímenes de competencia de la Corte, incluidos homicidios, desplazamientos forzados, toma de rehenes, torturas y reclutamiento de niños. Varios líderes superiores, incluidos el comandante en jefe y su segundo de las FARC y el ELN han sido condenados *in absentia*. La información disponible indica que ocho antiguos miembros del Secretariado de las

resulta extraño pues se trata de las guerrillas, que combaten contra el Estado desde el inicio del conflicto mismo⁵⁵.

Por lo que respecta a los *paramilitares*, la Fiscalía también subrayaba ya entonces que algunos de sus máximos líderes habían sido enjuiciados y condenados: «Muchos miembros desmovilizados de grupos paramilitares también han sido objeto de acciones judiciales, entre ellos un número significativo de líderes superiores. Hasta la fecha en que se redactó el presente informe, 14 personas han sido juzgadas y condenadas en el marco del proceso de justicia y paz, entre ellas siete líderes o comandantes de unidades paramilitares. Además de estas acciones judiciales, 23 líderes paramilitares han sido condenados en el marco del sistema de justicia ordinario⁵⁶»⁵⁷. Y aunque reconoce que «los progresos realizados en las investigaciones correspondientes al proceso de justicia y paz han tardado más de lo que se podría esperar en un proceso basado en confesiones, la Fiscalía no considera, por ahora, que las demoras para concluir las actuaciones penales indiquen necesariamente falta de voluntad o de capacidad». Sin embargo, se reserva seguir estudiando la cuestión, «analizando si se ha dado prioridad a los casos relativos a personas que contribuyeron a la aparición, consolidación y expansión de grupos paramilitares»⁵⁸.

En los siguientes informes anuales, la Fiscalía irá dando cuenta de los avances en la aplicación de la Ley de Justicia y Paz: así, en el de 2015 se indicará que se dictaron 12 condenas en primera instancia en casos de desplazamiento forzoso, entre ellas la primera *macro sentencia* dictada contra Salvatore

FARC, su más alto órgano de mando, y cuatro miembros actuales del Comando Central del ELN han sido condenados *in absentia*». Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 12. *Vid.* también, par. 160-161.

⁵⁵ O, como afirma PIGRAU SOLÉ, ello «en principio, no debería llamar la atención por tratarse de grupos calificados como terroristas por el régimen colombiano». PIGRAU SOLÉ, A., «*Colombia: la investigación pendiente...*», *op. cit.*, p. 670.

⁵⁶ La información disponible a noviembre de 2012 indica que «de los 57 líderes o comandantes de grupos paramilitares, 46 siguen vivos, de los cuales 30 han sido condenados por conductas que constituyen crímenes de competencia de la CPI, incluidos homicidios, desplazamientos forzados, desapariciones forzadas, secuestros y reclutamiento de niños. Al menos 15 de las 30 condenas son por crímenes correspondientes a la competencia temporal de la CPI, es decir, a partir del 1 de noviembre de 2002. De los 30 líderes paramilitares condenados, 26 fueron condenados por homicidio, 11 por desplazamiento forzado, seis por secuestro, tres por reclutamiento de niños y dos por violación. Otros 13 son objeto de acciones judiciales (ocho dentro del proceso de justicia y paz y cinco dentro del sistema ordinario). Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 13.

⁵⁷ *Ibid.* *Vid.* para su análisis en profundidad, par. 162-173.

⁵⁸ *Ibid.*, par. 14.

Mancuso y otros comandantes paramilitares, el 20 de noviembre de 2014, por 405 imputaciones de desplazamiento forzoso contra 6.845 víctimas⁵⁹; y en el de 2016, se hará eco de las 10 condenas en primera instancia respecto de casos de desplazamiento forzoso contra 43 miembros de grupos paramilitares, entre ellos, la *macro-sentencia* dictada contra Ramón María Isaza Arango, ex comandante general de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio, por 91 cargos de desplazamiento forzoso⁶⁰.

Mientras que en los años posteriores se centrará en el análisis de «*Procedimientos relativos a la promoción y expansión de los grupos paramilitares*», como hemos indicado ya. En relación a ello, la Fiscalía constatará en su último informe publicado, sobre las actuaciones de Colombia en 2020 que, según la Fiscalía General de la Nación, se «estaba llevando adelante un total de 2.683 casos contra civiles o agentes del Estado que no eran miembros de las fuerzas públicas por crímenes relacionados con la promoción, apoyo o financiamiento de grupos ilegales. De ellos, la Fiscalía General de la Nación informa que 1.329 estaban activos, mientras que otros 1.354 estaban inactivos. En relación con los casos activos, la Fiscalía General de la Nación informó que 703 guardaban relación con crímenes presuntamente cometidos por civiles, 283 por agentes estatales combatientes y 343 con agentes estatales no combatientes. Según la Fiscalía General de la Nación, 1.325 casos están en etapa de instrucción y cuatro están en etapa de juicio. Se informa que se han emitido decisiones en relación con 15 casos: diez resultaron en condenas, dos en absoluciones, y tres alcanzaron la etapa de la determinación de la pena luego de una sentencia anticipada»⁶¹.

De otro lado, la Fiscalía mantenía una vigilancia especial sobre lo que se ha venido a denominar *Parapolítica*, indicando que «más de 50 ex congresistas habían sido condenados por la Corte Suprema por el delito de concierto para delinquir para promover grupos armados al margen de la ley». Mientras que en algunos casos, «la Corte Suprema ha determinado que ciertos funcionarios públicos también han sido responsables de crímenes violentos y ha ordenado que se abran nuevas investigaciones»⁶², en referencia a algunos mandos del

⁵⁹ Vid. Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2015. Situaciones en Colombia y Honduras*, Oficina del Fiscal, 12 de noviembre 2015, par. 37.

⁶⁰ Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2016. Situación de Colombia*, Oficina del Fiscal, 14 de noviembre 2016, par. 245.

⁶¹ Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2020. Situaciones en Colombia y Honduras*, Oficina del Fiscal, 14 de diciembre 2020, par. 112.

⁶² Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 15. Vid. para su análisis en profundidad, par. 174-179.

Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), antiguo servicio de inteligencia del Estado.

Y también a los conocidos como «*falsos positivos*», objeto de un seguimiento especial por la Fiscalía de la Corte. Así, en su informe de 2015 señala que «la Fiscalía llevó a cabo consultas con las autoridades colombianas a fin de hacer un seguimiento sobre el avance de los procedimientos nacionales relativos a los presuntos casos de falsos positivos», en las que se observó que «la Fiscalía General de la Nación está investigando más de 3.000 casos contra miembros de las fuerzas armadas por casos de presuntos falsos positivos cometidos desde 1985, y que al menos 837 miembros de las fuerzas armadas han sido condenados por homicidios de personas protegidas u homicidios agravados. Según las decisiones presentadas por el gobierno Colombiano, desde 2012 solamente un coronel, dos tenientes coroneles, nueve mayores, seis capitanes, y 35 tenientes han sido condenados por ejecuciones extrajudiciales cometidas después del 1.º de noviembre de 2002»⁶³.

Todo ello nos lleva al último de los grupos indicados, que es el relativo a la actuación contra funcionarios del Estado *miembros de las Fuerzas Públicas*, respecto a los que la Fiscalía observa que «numerosos miembros de las fuerzas armadas han sido sometidos a medidas disciplinarias y acciones penales, incluidas condenas y penas de prisión, y que los procesamientos siguen su curso». A pesar de ello, se indica que «(l)a Fiscalía seguirá evaluando si estas acciones judiciales se centran en la presunta responsabilidad individual de los mandos superiores por la comisión de estos crímenes, sea como autores, o con respecto a su responsabilidad de mando»⁶⁴; porque «*las actuaciones judiciales no se han centrado en determinar la responsabilidad de mandos superiores por la comisión de estos crímenes*»⁶⁵.

De hecho, hasta febrero de 2016, los tribunales colombianos habían dictado 817 sentencias condenatorias contra 961 miembros de las fuerzas armadas, por casos de *falsos positivos*. A julio de 2016, la Fiscalía General de la Nación estaba investigando 2.241 casos de ejecuciones extrajudiciales por parte de las fuerzas armadas, por un total de 4.190 víctimas. Pero, a pesar de toda esa actividad judicial, las sentencias remitidas a la Fiscalía por las autoridades co-

⁶³ Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2015. Situaciones en Colombia y Honduras*, Oficina del Fiscal, 12 de noviembre 2015, par. 43 y 44.

⁶⁴ Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 16. *Vid.* para su análisis en profundidad, par. 180-195.

⁶⁵ *Ibid.*, par. 196. Cursivas añadidas.

lombianas, desde 2012, tan solo dos coroneles, dos tenientes coroneles, doce mayores, ocho capitanes y veintinueve tenientes han sido condenados por este tipo de conducta⁶⁶.

Sin embargo, en años posteriores parece que Colombia ha ido avanzando, gracias en gran medida a la labor de vigilancia y presión continuada de la Fiscalía de la Corte, tanto en el número de investigaciones, procesamientos y sentencias condenatorias, como, incluso, en la calidad de los mismos, llegando a alcanzar ya a algunos generales. Así, en su último informe, de 2020, la Fiscalía señalará:

«Hasta septiembre de 2020, Fiscalía General de la Nación informó estar llevando adelante un total de 2.314 casos activos contra 10.949 miembros del ejército, involucrando 3.966 víctimas de muertes de ‘falsos positivos’ (...). Hasta septiembre de 2020, se informa que 1.749 miembros del ejército fueron condenados. (...). La información facilitada por la Fiscalía General de la Nación se refirió a los procesos llevados adelante por la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos, que investiga y enjuicia miembros del ejército hasta el grado de coronel. (...). Además, la Fiscalía General de la Nación indicó, sin mayor especificación, que a septiembre de 2020, la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia tenía en curso 29 casos contra 22 generales del ejército»⁶⁷.

Y es que este es uno de los puntos más sensibles, y también más criticados, porque, se indica, *no se debe confundir cantidad con calidad de las actuaciones judiciales*. Como hemos visto, en la mayor parte de los análisis desarrollados por la Fiscalía sobre la situación de Colombia los datos aportados efectivamente por Colombia confirman una *cantidad* apreciable de investigaciones judiciales e incluso de sentencias condenatorias; en especial, en relación a paramilitares, políticos y funcionarios parte de los servicios de seguridad, policía o fuerzas armadas colombianas, los colectivos más sensibles por razones políticas obvias. Sin embargo, este análisis esencialmente cuantitativo, se criticará, deja de lado la *calidad* de las actuaciones⁶⁸; esto es, establecer si las mismas se dirigen a

⁶⁶ Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2016. Situación de Colombia*, Oficina del Fiscal, 14 de noviembre 2016, par. 243.

⁶⁷ Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2020. Situaciones en Colombia y Honduras*, Oficina del Fiscal, 14 de diciembre 2020, par. 137-139.

⁶⁸ Como concluyen *Avocats Sans Frontières-Canada*: «No hay duda sobre la cantidad de procesos que están en curso en Colombia y la sofisticación del aparato judicial. La cantidad de causas

investigar, en palabras de la Fiscalía, «los máximos responsables de los crímenes más graves»⁶⁹, lo que en una situación como la de Colombia sólo se puede afrontar priorizando los casos.

Y es precisamente por ello, entre otras razones, por lo que se ha mantenido la *situación de Colombia* en la Fase 3 del Examen Preliminar durante tantos años. Como reconoce la propia Fiscalía en la Conclusión de su informe intermedio sobre la situación de Colombia –que muy significativamente titula «*la necesidad de establecer prioridades*»–, «las autoridades colombianas han llevado a cabo y siguen llevando a cabo numerosas actuaciones pertinentes para el examen preliminar de distintos agentes del conflicto por conductas que constituyen crímenes de competencia de la Corte»⁷⁰. Precisando, además, que «parece que posibles casos contra las FARC, ELN y grupos paramilitares no serían admisibles ante la CPI, pues los líderes más importantes de dichos grupos han sido o están siendo procesados genuinamente por las autoridades nacionales competentes»⁷¹.

Sin embargo, tras hacerse eco de que «las autoridades judiciales colombianas han ampliado sus investigaciones y procesamientos a varios políticos y funcionarios públicos por su presunta vinculación con paramilitares y otros

penales es correspondiente a la incidencia elevada de infracciones gravísimas a la ley penal. La cuestión que debería ocupar a la OF-CPI es la efectividad de los procesos para establecer responsabilidades. (...). Además de la incapacidad que se registra para adelantar procesos de judicialización en contra de los máximos responsables (por falta de recursos adecuados para adelantar los procesos, ausencia de garantías, y ataques a la independencia e imparcialidad de los procedimientos), el problema principal frente al principio de complementariedad en el caso colombiano es falta de voluntad. La OF-CPI debe reorientar su actuación para *afrontar la realidad de un Estado que es capaz de investigar y sancionar cuando quiere, pero que no quiere investigar los crímenes internacionales en los cuales se ve comprometida su responsabilidad internacional, al tratarse de crímenes de Estado*». *Avocats Sans Frontières-Canada, El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: 'más allá de lo positivo'. Un análisis sobre la necesidad de adoptar otra aproximación frente a un Estado que no quiere judicializar los crímenes que comprometen su responsabilidad internacional y la de sus altos funcionarios*, 2012, p. 42. Cursivas añadidas.

⁶⁹ Y ello porque, aunque «(e)l Estatuto no contiene ninguna limitación a las persecuciones penales basada en el nivel de autoridad que el autor tenía. Sin embargo, a la luz del alcance global de la competencia de la CPI, de las disposiciones jurídicas que regulan su funcionamiento, y de las limitaciones prácticas y logísticas que enfrenta, la Fiscalía ha adoptado una política de investigar y enjuiciar a los más responsables por los crímenes más graves». STEWART, J., *La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, Bogotá, 13 de mayo de 2015, p. 15. *Vid.* Corte Penal Internacional, *Policy paper on case selection and prioritization*, Office of the Prosecutor, 15 September 2016.

⁷⁰ Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 197. Cursivas añadidas.

⁷¹ *Ibid.*, par. 198.

grupos armados»; la Fiscalía no dejará de subrayar que «ha detectado ciertas carencias o deficiencias que indican una actividad insuficiente o incompleta con respecto a ciertas categorías de personas y de crímenes⁷²», por lo que «es necesario establecer mejor las prioridades»⁷³. Para acabar concluyendo que «continuará evaluando el progreso de los esfuerzos estatales por garantizar que Colombia procese a todos los que puedan considerarse máximos responsables por crímenes de competencia de la Corte»⁷⁴. Esfuerzos que, precisamente se activaron en el otoño de 2012, al tiempo que se publicaba este informe –en lo que se puede ver como uno de los frutos de la política de *complementariedad positiva*, a través de la *Estrategia de Priorización*–⁷⁵.

Yendo un paso más allá en su estrategia de *complementariedad positiva*, y de presión a las autoridades colombianas, la Fiscalía comenzó a identificar *casos potenciales que probablemente podrían surgir de una investigación*, si se satisficieran los criterios para abrir la misma, tomando en consideración su estrategia de investigar y procesar a los máximos responsables por los crímenes más graves. Pues bien, a la altura de noviembre de 2016, la Fiscalía de la CPI «ha(bía) identificado al menos cinco casos potenciales relacionados con falsos positivos presuntamente cometidos por miembros de once brigadas, que actúan en cinco divisiones de las fuerzas armadas colombianas, entre 2002 y 2010. A los efectos de analizar si los procesos nacionales están en curso, la Fiscalía ha

⁷² AMBOS y HUBER serán bastante más críticos con la actuación de Colombia: «The limited progress with regard to pending and ongoing investigations under the framework of Law 975 of 2005 due to normative, procedural, institutional and structural problems, the difficulties to investigate and prosecute members of illegal armed groups not taking part in the special procedure of Law 975 of 2005, and of politicians, high rank military commanders and influential business men for their ties with illegal armed groups since 2002 under the ordinary judicial system, the extradition of leading paramilitary commanders, and the permanent pressure of the former government under ex-president Álvaro Uribe to limit independent investigations of the Supreme Court of Justice against representatives or allies of his government, clearly indicate that Colombia, despite some progress in the proceedings against low or mid rank members of illegal armed groups or state officials, struggles with significant difficulties to comply with the prerequisites under Art. 17. Thus, unfortunately, since the termination of our study in January 2010, no significant progress has been made with a view to our recommendations set out above». AMBOS, K. & HUBER, F., «*The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity...*», *op. cit.*, p. 10. Cursivas añadidas.

⁷³ Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 199. Cursivas añadidas.

⁷⁴ *Ibid.*, par. 225. Cursivas añadidas.

⁷⁵ Fiscal General de la Nación, Directiva N° 001, *Estrategia de Priorización* y Resolución 1810, *Unidad de Análisis y Contexto*, ambos de 4 de octubre de 2012.

Para un análisis de dicha estrategia, *vid.* VACAS FERNÁNDEZ, F., «*El conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz...*», *op. cit.*, pp. 407-410.

identificado un número de comandantes a cargo de las divisiones y brigadas correspondientes bajo cuyo mando se habrían presuntamente cometido la mayor cantidad de falsos positivos»⁷⁶.

Casos potenciales identificados por la Fiscalía de la Corte y comunicados, con toda la información disponible a las autoridades colombianas competentes, que a partir de ese momento servirán a la Fiscalía para evaluar los avances que, en torno a los mismos, las autoridades colombianas irán realizando⁷⁷; tratando con ello de, por un lado, propiciar una investigación y enjuiciamiento *de calidad* –en relación a los *máximos responsables*– y *genuinos* –buscando verdaderamente hacer justicia y descartando, por consiguiente, la impunidad en relación a los *crímenes más graves*– por parte de Colombia; para, en segundo lugar, y como resultado de lo anterior, terminar por convencerse si Colombia quiere o no hacer justicia, y, con ello, decidir si pasaba a la Fase 4 del Examen Preliminar y de ahí elevaba la situación a Investigación por la Corte o si cerraba dicho Examen.

Por su parte, QUESADA ALCALÁ criticará el tiempo transcurrido desde la apertura del Examen Preliminar sobre la Situación de Colombia, al indicar que «es sorprendente que casi siete años (acabarían siendo el doble) después de haber iniciado el examen de la situación preliminar de Colombia, la Fiscalía de la Corte no haya logrado reunir la suficiente información para valorar la conducción de estos procesos, y la consiguiente aplicación del principio de complementariedad contenido en el Estatuto de Roma al caso de Colombia»⁷⁸. Sin embargo, es aquí donde entra de lleno la *concepción positiva del principio de complementariedad*.

En efecto, la noción de *complementariedad positiva* es situada por la Fiscalía de la Corte como objetivo intermedio o instrumental de su actuación, al indicar que, con el fin de luchar contra la impunidad –fin principal o último de la CPI, tal y como establece su Estatuto–, tratará de fomentar procedimientos nacionales genuinos:

«In light of the global nature of the Court and the complementarity principle, a significant part of the Office's efforts at the preliminary examination stage is directed towards encouraging States to carry out their primary responsibility to

⁷⁶ Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2016. Situación de Colombia*, Oficina del Fiscal, 14 de noviembre 2016, par. 241.

⁷⁷ *Vid.* Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2020. Situaciones en Colombia y Honduras*, Oficina del Fiscal, 14 de diciembre 2020, par. 138.

⁷⁸ QUESADA ALCALÁ, C., «*La justicia penal internacional...*», *op. cit.*, p. 708.

investigate and prosecute international crimes. The complementary nature of the Court requires national judicial authorities and the ICC to function together»⁷⁹. En consecuencia: «Where potential cases falling within the jurisdiction of the Court have been identified, the Office will seek to encourage, where feasible, genuine national investigations and prosecutions by the States concerned in relation to these crimes»⁸⁰.

Pues bien, la situación de Colombia ha sido, por sus propias características –Estado que sin duda puede, pero sobre el que se tienen serias y fundadas dudas, como hemos visto, de si quiere llevar a cabo una justicia genuina y de calidad en relación a los máximos responsables de los crímenes más graves–, la elegida por la Fiscalía para aplicar por primera vez y desarrollar esta estrategia positiva, como parte de la función complementaria a las jurisdicciones nacionales que posee la Corte⁸¹.

Así, partiendo de la existencia en Colombia de instituciones judiciales capaces y de que, pese a las carencias e irregularidades detectadas, están actuando para investigar y enjuiciar los crímenes cometidos competencia de la Corte⁸², la Fiscalía ha venido colaborando con ellas para que, vigilando que los máximos responsables de la comisión de los crímenes más graves de su competencia no queden impunes, sean ellas mismas, en el nivel nacional, quienes cumplan con su responsabilidad, que es principal frente a la comple-

⁷⁹ Corte Penal Internacional, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, Oficina del Fiscal, noviembre 2013, par. 100.

⁸⁰ *Ibid.*, par. 101.

⁸¹ En el mismo sentido *vid.* PIGRAU SOLÉ, A., «Colombia: la investigación pendiente...», *op. cit.*, p. 670; y OLÁSULO ALONSO, H., «El Principio de Complementariedad y las Estrategias de Actuación de la Corte Penal Internacional en la Fase de Examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su Examen preliminar, pero no abre una Investigación, sobre la Situación de Colombia» en <http://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/Olasoloforformatted.pdf>.

⁸² Como indica OLÁSULO ALONSO: «La estrategia que está aplicando la Fiscalía de la CPI en el caso de Colombia se debe en gran medida a ciertas características singulares de esta situación como: (i) la independencia y operatividad de ciertos órganos jurisdiccionales nacionales colombianos (en particular las Salas de Casación Penal y la SJP); (ii) la voluntad de estos órganos jurisdiccionales de proceder con las investigaciones y enjuiciamiento por delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra incluso si ello supone un enfrentamiento con sectores políticos, económicos, militares o administrativos cercanos al gobierno de turno; (iii) el alto nivel de acceso a los elementos de prueba debido a las declaraciones realizadas por los propios comandantes paramilitares desmovilizados; y (iv) la apertura a recibir cursos de formación de profesionales con una dilatada experiencia profesional en el desarrollo de investigaciones y enjuiciamientos ante tribunales penales internacionales». *Ibid.*, pp. 51 y 52.

mentaria de la CPI, de investigarlas y enjuiciarlas, como acabamos de ver. El Examen Preliminar en su Fase 3 se erige así como instrumento para que, en palabras de OLÁSOLO ALONSO, «se promueva el fortalecimiento del estado de derecho y de los órganos jurisdiccionales nacionales a los efectos de que puedan ser estos últimos los que desarrollen las investigaciones y enjuiciamientos de los delitos de la competencia de la CPI cometidos en su territorio o por sus nacionales»⁸³.

De ahí que la Fiscalía concluya su informe preliminar de noviembre de 2012 indicando que «el examen preliminar de la situación en Colombia se centrará en: i) el seguimiento del Marco Legal para la Paz y otros desarrollos legislativos relevantes, así como también aspectos jurisdiccionales relacionados con la aparición de ‘nuevos grupos armados ilegales’, ii) las actuaciones judiciales relacionadas con la promoción y la expansión de los grupos paramilitares, iii) las actuaciones judiciales relacionadas con desplazamientos forzados, iv) las actuaciones judiciales relacionadas con crímenes sexuales, y v) los casos de falsos positivos»⁸⁴.

En esta línea de cooperación constructiva bajo la estrategia de la complementariedad positiva hay que situar, además de las referidas a la priorización y a los casos potenciales, por ejemplo, las cartas enviadas por la Fiscal Bensouda a los Presidentes del Tribunal Supremo y de la Corte Constitucional de Colombia en relación con el Marco Legal para la Paz⁸⁵; la última, semanas antes de la publicación de la sentencia de dicho tribunal sobre la constitucionalidad del mencionado Marco⁸⁶, diseñado para abrir el paso al acuerdo con las FARC que se estaba negociando en La Habana en ese momento. Ello inaugurará una práctica de la Fiscalía de la Corte que tendrá gran relevancia en el futuro como procedimiento para llamar la atención sobre elementos contradictorios, o cuanto menos dudosos, respecto al cumplimiento por el Estado de su responsabilidad primaria de hacer justicia a través de procedimientos de investigación y enjuiciamiento genuinos, y para mostrar posibles caminos de

⁸³ *Ibid.*, p. 53.

⁸⁴ Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012, par. 254.

⁸⁵ Sobre el Marco Jurídico para la Paz, aprobado por el gobierno de Colombia en 2012, *vid.* VACAS FERNÁNDEZ, F., «*El conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz...*», *op. cit.*, pp. 421-425.

⁸⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre el establecimiento de un marco de justicia transicional para lograr una paz estable y duradera, C-579/13, de 28 de agosto de 2013.

solución ante ello que, siguiendo la estrategia de cooperación constructiva, deberán tomar las autoridades colombianas, en especial la Corte Constitucional a través del cumplimiento de su función de control previo de constitucionalidad de las leyes, como veremos en el siguiente apartado.

Así, la opinión de la Fiscalía de la CPI respecto al citado pronunciamiento constitucional, expresada en el último de los informes sobre Actividades en el marco de los Exámenes Preliminares, afirma que:

«the parameters outlined by the Constitutional Court appear to highlight its commitment to ensure the compatibility of national laws with Colombia's international obligations»⁸⁷. Para acabar advirtiendo: «During the coming year, the Office will continue to analyse the progress of these national proceedings – as well as those relating to the other areas of focus identified in the Interim Report – and will continue to analyse their relevance and genuineness in order to reach determinations on admissibility. The Office will also continue to analyse the implementation of the LFP and the MJR in order to assess their impact on the conduct of national proceedings relating to crimes under ICC jurisdiction. The Office will continue to consult closely with the Colombian authorities with a view to ensuring that genuine national proceedings are carried out against those most responsible for the most serious crimes»⁸⁸.

IV. EL CIERRE DEL EXAMEN PRELIMINAR DE LA SITUACIÓN DE COLOMBIA COMO RESULTADO, ¿DEL ÉXITO?, DE LA ESTRATEGIA DE COMPLEMENTARIEDAD POSITIVA

Esta estrategia de complementariedad positiva, concretada en una exhaustiva e intensa vigilancia y una activa cooperación constructiva, que ha venido aplicando la Fiscalía a Colombia, como hemos visto, durante más de 16 años, en el marco de la 3ª Fase del Examen Preliminar, enfrentó una nueva prueba, más decisiva y que a la postre se demostraría definitiva, con la adopción primero e implementación después del Acuerdo Final con las FARC, de 2016. El mismo preveía el establecimiento de un sistema integral de justicia

⁸⁷ Corte Penal Internacional, *Report on Preliminary Examinations Activities 2013*, Oficina del Fiscal, noviembre 2013, par. 133.

⁸⁸ *Ibid.*, par. 152.

transicional que, en lo que a la CPI afectaba, se concretaba en la creación de la JEP como sistema de investigación y enjuiciamiento de los crímenes más graves –para los que la CPI es competente de manera complementaria– cometidos en el marco del conflicto armado de Colombia.

Así, como ya advirtiera en mayo de 2015 el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, STEWART en su visita a Bogotá: «Las medidas de justicia transicional tienen alcances amplios. Sin embargo, las medidas que Colombia adopte deberán promover los objetivos del Estatuto de Roma, si es que han de honrar el compromiso de Colombia con arreglo al Estatuto de Roma de asegurar que los crímenes más graves no queden impunes»⁸⁹. Y es que, «la justicia debe formar parte integral de los esfuerzos por establecer una paz, estabilidad y seguridad sostenibles. *El marco jurídico internacional creado por el Estatuto de Roma enfatiza la importancia capital de poner fin a la impunidad de los perpetradores de los crímenes más graves. Este marco no puede suspenderse o ignorarse por consideraciones de oportunidad. No obstante, este mismo marco otorga flexibilidad a los Estados que buscan impartir justicia en situaciones post-conflicto*»⁹⁰.

Como vamos a ver, en estos últimos 5 años, la labor de la Fiscalía de la Corte será intensa, y en absoluto sencilla, en la búsqueda de un equilibrio –no escrito de antemano, sino necesariamente apegado a las circunstancias del caso concreto en cada momento– entre esa necesaria flexibilidad que requieren los Estados a la hora de impartir justicia en una situación de transicionalidad y los límites impuestos por el marco jurídico internacional en la materia. Sin embargo, a la vez, esta nueva etapa abierta por el Acuerdo Final y la creación de la JEP abría una ventana de oportunidad para Colombia, sin duda, pero también para la Fiscalía de la CPI –cosa que a menudo se olvida y que, sin embargo, resulta esencial tenerlo bien presente, como vamos a ver– para poder cerrar, por fin, un examen preliminar que siempre resultó incómodo para el gobierno de Colombia y que estaba ya resultando excesivamente largo para la CPI, por razones tanto políticas como presupuestarias. Así, ambas partes, quizás por primera vez en todo el proceso, coincidían tanto en la voluntad política resultado de sus respectivos intereses como en que este era el momento, y había que aprovecharlo.

⁸⁹ STEWART, J., *La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, Bogotá, 13 de mayo de 2015, p. 2

⁹⁰ *Ibid.*, p. 18. Cursivas añadidas.

IV.1. *La Fiscalía de la CPI y la Justicia Especial para la Paz: la pavimentación del camino que ha conducido al cierre del Examen Preliminar*

Pues bien, en relación al Acuerdo Final entre el Gobierno y las FARC y sus previsiones en relación a la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz, su adecuación o no al marco jurídico internacional va a depender de si cumple con el fin general del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma y en concreto, de que no exista impunidad por la comisión de crímenes de competencia de la Corte. Para ello deben desarrollarse, como sabemos, investigaciones y enjuiciamientos penales genuinos. ¿Qué debe entenderse por «procesos genuinos»? El Fiscal Adjunto STEWARD establecerá que existen procesos genuinos cuando:

- «no hayan sido adoptados con el propósito de sustraer a las personas de que se trate de su responsabilidad penal;
- no haya una demora injustificada en los procesos nacionales que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a las personas de que se trate ante la justicia; y
- se lleven a cabo de manera independiente e imparcial de forma que sea compatible con la intención de hacer comparecer a las personas de que se trate ante la justicia».

¿Cumple la JEP con dicho estándar? La respuesta no resultaba sencilla *a priori*, vista la letra del Acuerdo Final, ni tampoco lo fue, como vamos a ver, en el proceso de implementación del mismo con su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano a través de los desarrollos legislativos correspondientes. Veámoslo por partes, haciendo en primer lugar referencia a los problemas que parecía podía tener, al menos para algunos, la letra del Acuerdo.

En lo que se refiere al mecanismo de *reducción de penas*, la respuesta de la Fiscalía de la CPI es claramente positiva, como ya se había puesto de manifiesto en relación a la Ley de Justicia y Paz de 2005. Y es que, como argumenta el Fiscal Adjunto, hay que partir de una doble premisa: de un lado, el Estatuto de Roma «no prescribe un tipo o duración específicos de las condenas que los Estados deben imponer por crímenes de la CPI. *En materia de penas los Estados tienen amplia discrecionalidad.* (...). Por consiguiente, *las sanciones penales efectivas pueden adoptar distintas formas.* Sin embargo, *deben satisfacer objetivos adecuados vinculados a la pena*, como la condena pública de la conducta criminal, el

reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y la disuasión de conductas criminales ulteriores»⁹¹.

Así, habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para determinar si una reducción de pena es o no compatible con el Estatuto de Roma. Pues bien, entre esas circunstancias están, en palabras del Fiscal Adjunto, las «medidas de justicia transicional diseñadas para terminar con el conflicto armado, por ejemplo, al exigir al condenado que cumpla determinadas condiciones, como:

- un reconocimiento de su responsabilidad penal,
- la desmovilización y el desarme,
- la garantía de no repetición de la conducta,
- la participación plena en el proceso de establecimiento de la verdad respecto de los crímenes graves,
- una posible prohibición temporal de tomar parte en los asuntos públicos, entre otras»⁹².

En cuanto a la posibilidad de establecer *penas alternativas*, de nuevo, «la pregunta será si, en el contexto de un proceso de justicia transicional, las penas alternativas cumplen adecuadamente los objetivos de las sentencias para los crímenes más graves»; mientras que «la respuesta a esa pregunta dependerá del tipo de sanciones que se contemplen y de sopesarlas con la gravedad de los crímenes y el rol y la responsabilidad de la persona condenada por su comisión»⁹³.

De otro lado, por lo que se refiere a la *amnistía* prevista en el Acuerdo Final para los *delitos políticos* –tales como rebelión, sedición o traición–, la respuesta por parte de la Fiscalía de la CPI es mucho más sencilla, puesto que no sólo no son crímenes internacionales en sentido propio; sino que, además y en gran medida por ello, se trata de delitos para cuyo enjuiciamiento la CPI carece de competencia. Por consiguiente, como con rotundidad sostiene el Fiscal Adjunto de la Corte: «Respecto de las amnistías por los llamados ‘delitos políticos’, como la rebelión, la sedición o la traición, la Fiscalía no emite opinión, puesto que tales crímenes no están abarcados por la competencia de la CPI»⁹⁴. O dicho de otra manera, dado que tales delitos no son crímenes internaciona-

⁹¹ *Ibid.*, p. 11. Cursivas añadidas.

⁹² *Ibid.*, pp. 12 y 13.

⁹³ *Ibid.*, p. 14.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 16.

les, el Derecho Internacional no establece ningún límite a la discrecionalidad del Estado en relación a ellos, ni siquiera respecto a su posible amnistía.

Pues bien, ya el 1 de septiembre de 2016, a la semana del anuncio de la conclusión del Acuerdo Final, la Fiscal BENSOUA dio la bienvenida al Acuerdo Final calificándolo como «logro histórico para Colombia y para el pueblo colombiano» y «paso crucial hacia el fin del prolongado conflicto». Y añadió que notaba «con satisfacción que el texto final del acuerdo de paz excluye amnistías e indultos para crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra bajo el Estatuto de Roma», a la vez que subrayaba el reconocimiento en el Acuerdo del «lugar central de las víctimas en el proceso y sus legítimas aspiraciones de justicia». Al tiempo que avisaba: «Estas aspiraciones deben ser atendidas plenamente, a través de medidas que aseguren que los responsables de sus sufrimientos sean genuinamente puestos a disposición de la justicia. Se espera que la *Jurisdicción Especial para la Paz* que se establecerá en Colombia lleve a cabo esta función y que se centre en los máximos responsables de los crímenes más graves cometidos durante el conflicto armado. Esta promesa de rendición de cuentas debe volverse una realidad para asegurar que el pueblo de Colombia aproveche plenamente los beneficios de la paz»⁹⁵.

En la misma línea, ya en el primer informe posterior al Acuerdo, publicado el 14 de noviembre de 2016, la Fiscalía en primer lugar destaca que «la Jurisdicción Especial para la Paz tendrá jurisdicción para investigar y enjuiciar a los máximos responsables por los crímenes más graves relacionados con el conflicto, como por ejemplo casos contra miembros de las FARC-EP, miembros de las fuerzas armadas, y todos aquellos que hubiesen participado directa o indirectamente en el conflicto armado interno»; subrayando que «solamente podrían ser objeto de amnistía los crímenes políticos, como la rebelión o la sedición. Las amnistías y los indultos por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra con arreglo al Estatuto de Roma están excluidos del sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz»⁹⁶. En consecuencia, la conclusión preliminar de la Fiscalía de la CPI fue positiva: «La Jurisdicción Especial para la Paz parece estar diseñada para determinar la responsabilidad penal individual, hacer que los perpetradores rindan cuentas y para descubrir la verdad integral,

⁹⁵ BENSOUA, F., *Declaración de la Fiscal de la CPI sobre la conclusión de las negociaciones de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo*, de 1 de septiembre de 2016.

⁹⁶ Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2016. Situación de Colombia*, Oficina del Fiscal, 14 de noviembre 2016, par. 253.

y a la vez procurar satisfacer los objetivos sancionatorios de disuasión, retribución, rehabilitación y restauración»⁹⁷.

A partir de ahí, la Fiscalía indicaría que «no ha adoptado una posición específica o final respecto de la Jurisdicción Especial para la Paz», dado que en ese momento no solo no había entrado en funcionamiento, sino que ni siquiera todavía había sido incorporada al ordenamiento jurídico interno. De ahí que acabe afirmando que el cumplimiento de los objetivos antes mencionados «no dependerá únicamente de los procedimientos y condiciones establecidos en el Acuerdo, sino también de la efectividad de las restricciones a la libertad impuestas sobre los individuos, cuya naturaleza aún debe precisarse claramente. La Fiscalía también deberá tomar en consideración si existe alguna laguna sustantiva en las leyes aplicadas por las autoridades competentes de la Jurisdicción Especial para la Paz»⁹⁸. De ahí que anuncie que «revisará cuidadosamente todo cambio posible en el texto del acuerdo firmado en 26 de septiembre de 2016, luego del resultado del plebiscito nacional, en la medida que resulte relevante para el examen preliminar, así como todo proyecto legislativo posterior relativo al establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas para los máximos responsables por los crímenes más graves»⁹⁹.

Pues bien, eso es exactamente lo que hizo la Fiscalía de la Corte, respondiendo a la invitación de la Corte Constitucional de Colombia emitida el 11 de septiembre de 2017, respecto a conocer su opinión sobre la legislación que implementaba la JEP –el Acto Legislativo 01, de 4 de abril de 2017, y la ya citada Ley 1820, de Amnistía, de 30 de diciembre de 2016– y sobre la que debía realizar su revisión de constitucionalidad. En efecto, el 18 de octubre de 2017 la Fiscalía de la CPI envió a la Corte Constitucional un *Amicus Curiae* sobre ello, en el que hacía hincapié en cuatro cuestiones: la definición de responsabilidad del mando¹⁰⁰, la definición de graves crímenes

⁹⁷ *Ibid.*, par. 257.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibid.*, par. 263.

¹⁰⁰ Sobre la que señala que «se aparta del derecho internacional consuetudinario y, en consecuencia, podría frustrar los esfuerzos de Colombia por cumplir sus obligaciones de investigar y juzgar los crímenes internacionales. La definición parecería revivir consideraciones de jure para establecer si un superior podría ser considerado responsable por no haber prevenido o castigado a sus subordinados, y podría dar lugar a la sustracción de la responsabilidad penal de individuos que tienen la mayor responsabilidad por actos atroces». Escrito de *Amicus Curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, de 18 de octubre de 2017, par. 53.

de guerra¹⁰¹, la determinación de la «participación activa o determinante» en los crímenes¹⁰², y la restricción efectiva de libertades y derechos¹⁰³. Posición y argumentos que fueron tomados en consideración por la Corte Constituyente en su sentencia de 14 de noviembre de 2017¹⁰⁴, declarando inconstitucionales determinados pasajes del Acto Legislativo 01, solventando así las serias dudas sobre su compatibilidad con el estándar internacional indicado.

Un año después, la Fiscalía de la CPI volvió a intervenir en relación al intento por la nueva mayoría gobernante del Presidente Iván Duque –públicamente muy crítica hacia el Acuerdo Final y, en lo que aquí interesa, la JEP tal y como se había diseñado e ido implementando por la administración anterior del Presidente Santos– de crear dentro de la estructura orgánica de la JEP salas especiales para las fuerzas armadas, que incluía un proceso separado y distinto de elección de sus magistrados. Ese intento vio en parte la luz con la aprobación de la Ley 1922, de julio de 2018, que establecía las Reglas de Procedimiento de la JEP, cuyo artículo 75 establecía: «Los procesos de los miembros de las Fuerzas armadas de Colombia, iniciarán o continuarán su trámite una vez el procedimiento especial y diferenciado para el juzgamiento exista»¹⁰⁵. Y se trató de completar con la presentación en el Congreso el 27 de septiembre de ese año, de un proyecto de acto legislativo para la creación de salas especiales para las fuerzas armadas; propuesta que incluía un proceso propio y distinto de elección de los magistrados

¹⁰¹ En relación a lo cual la Fiscalía concluye que «el requisito de que la conducta haya sido cometida de forma sistemática podría conducir a que se concedan amnistías, indultos o renuncias a la persecución penal a individuos responsables por crímenes de guerra bajo la jurisdicción de la CPI que no hubiesen sido cometidos de forma sistemática. Esto sería inconsistente con la jurisdicción de la Corte con arreglo al Estatuto de Roma y podría también violar normas de derecho internacional consuetudinario». *Ibid.*, par. 54.

¹⁰² Respecto a lo cual indica: «Las ambigüedades para determinar si una persona ha tenido una participación activa o determinante en la comisión de crímenes graves podría llevar a que se apliquen mecanismos de tratamiento especial, como la renuncia a la persecución penal, a individuos responsables por contribuciones importantes a crímenes graves, aun cuando éstas hayan sido de manera indirecta o a través de una omisión culpable». *Ibid.*

¹⁰³ Donde reitera la posición ya indicada con anterioridad sobre la necesidad de analizarlo caso por caso, pues «dependerá de la naturaleza y alcances de las medidas que, combinadas, podrían conformar una sanción, así como también de su implementación efectiva, de un sistema riguroso de verificación, y de si su operacionalización con actividades que no forman parte de la sanción no frustre el objeto y fin de la pena». *Ibid.*, par. 55.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-674/17, de 14 de noviembre de 2017, sobre la revisión de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017 (https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30034303#ver_30137043)

¹⁰⁵ Ley 1922, sobre Reglas de Procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz, de 18 de julio de 2018 (<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87544>).

de dichas salas especiales, y a las que se le dotaba de categoría de última instancia con capacidad para emitir decisiones con efectos de cosa juzgada y para invalidar cualquier decisión adoptada por otros órganos de la JEP y de otras jurisdicciones; además de prever también beneficios especiales y distintos para los miembros de las fuerzas armadas al posibilitar, de un lado, que se les concediera la libertad al cumplir tan solo un sexto de la condena y, de otro, al no condicionarles los beneficios a la confesión y el reconocimiento de responsabilidades¹⁰⁶: una especie, en definitiva, de procedimiento paralelo, con reglas diferentes y beneficios desiguales aplicado por un *tribunal especial* revestido de poderes *supremos* que terminaría con la JEP tal y como estaba concebida y, lo que es peor, con su credibilidad para llevar a cabo investigaciones y procedimientos judiciales genuinos.

Ante la extrema gravedad de todo ello en términos de falseamiento del sistema de justicia transicional establecido y, con ello, del peligro cierto de viciar sus procedimientos y generar impunidad si dicho intento salía adelante, el Fiscal Adjunto, STEWART, volvió a visitar Bogotá, para advertir muy seriamente contra las mencionadas iniciativas:

«(L)a Fiscal debe evaluar si las iniciativas recientes, si se pusieran en práctica, pudiesen tener un impacto en la admisibilidad de los posibles casos identificados por la Fiscalía de la CPI. En este contexto, el marco inicial establecido dentro de las iniciativas nos planteó las siguientes preguntas:

¿Mientras existe un sistema de justicia transicional que está operativo, podría entenderse la creación de un sistema paralelo como un intento de sustraer a los autores de su responsabilidad penal?

¿Podría la creación de secciones especiales resultar en un retraso sustancial en el inicio o la continuación de los procesos que pueda ser incompatible con una intención real de llevar a los responsables a la justicia, especialmente cuando ya existen procedimientos ante la JEP para llevar a cabo dichos procesos?

¿Podrían las restricciones sobre el alcance y la minuciosidad de las investigaciones sobre crímenes complejos obstaculizar procesos genuinos diseñados para establecer la verdad?

¿Podría el enfoque diferente para el nombramiento de magistrados de las secciones especiales, así como la propuesta de que dos de los tres jueces previstos para cada sección puedan ser oficiales militares retirados, poner en duda la independencia e imparcialidad de las secciones especiales?»¹⁰⁷.

¹⁰⁶ STEWART, J., *El artículo 28 del Estatuto de Roma*, Oficina del Fiscal, Bogotá, 1 de noviembre de 2018, par. 53-57.

¹⁰⁷ *Ibid.*, par. 60.

Preguntas en gran medida retóricas, que sólo podían conducir a una respuesta por parte de la Fiscalía, que calificó como «motivo de grave preocupación, si las disposiciones legislativas que regulan los procedimientos diseñados para abordar conductas que constituyen crímenes ante la CPI pudiesen resultar en: retrasos en la rendición de cuentas de los responsables, restricciones en el alcance y la minuciosidad de las investigaciones de crímenes complejos y, en general, poner en duda la autenticidad de los procesos, más allá del control de la JEP»¹⁰⁸. Terminando con un verdadero respaldo, el más claro hasta ese momento, de la JEP tal y como había sido diseñada y venía funcionando desde marzo de ese año: «permitan que los magistrados de la JEP hagan su trabajo; apóyenlos en todos los aspectos necesarios; la paz con justicia y la rendición de cuentas es la forma más eficaz de garantizar que la paz sea sostenible y duradera»¹⁰⁹.

Ante lo cual, y sobre todo, ante la posibilidad cierta de que la Fiscalía de la Corte decidiera elevar a investigación la situación de Colombia, el Gobierno de Iván Duque frenó su intento de minar la JEP desde dentro optando por, al menos, dejar que siguiera funcionando; eso sí, bajo la intensa vigilancia de la Fiscalía de la CPI.

Una vez superado este momento, sin duda el más delicado en las relaciones de cooperación constructiva entre la Fiscalía de la Corte y Colombia desde la apertura del Examen Preliminar, reconducida la situación y aplacada la posición inicialmente muy beligerante, como hemos visto, contra la JEP del nuevo gobierno presidido por Iván Duque, en los años siguientes, el apoyo de la Fiscalía de la Corte a la JEP se irá convirtiendo en cada vez más clara y rotunda, a medida que la propia JEP fue avanzando en su actuación en los distintos grandes casos priorizados –hasta la fecha⁷¹⁰– que tiene abiertos y a medida que la Fiscalía pudo ir comprobando la adecuación de la misma a los estándares internacionales establecidos para considerar genuina su ac-

¹⁰⁸ *Ibid.*, par. 65.

¹⁰⁹ *Ibid.*, par. 70.

¹¹⁰ De ellos, cuatro generales: caso 01, «Toma de rehenes y otras privaciones graves de la libertad cometidas por las Farc EP»; caso 03, «Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado»; caso 06, «Victimización de miembros de la Unión Patriótica», y caso 7, «Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado». Y tres de priorización geográfica: caso 02, «Prioriza la situación territorial de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas (Nariño)»; caso 04, «Situación territorial de la región de Urabá», y caso 5, «Prioriza situación territorial en la región del norte del Cauca y el sur del Valle del Cauca». *Vid.* <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/index.html>

tuación. Así, el Fiscal Adjunto STEWART, en su visita a Bogotá en octubre de 2020, afirmó con rotundidad: «Nuestro mensaje esencial fue apoyar a la JEP y sus actuaciones de justicia transicional, en aplicación del principio de complementariedad»¹¹¹.

Con ello, se iba pavimentando, poco a poco y a través de la vigilancia intensa, exhaustiva, permanente de la Fiscalía de la Corte –consecuencia directa de la estrategia de complementariedad positiva adoptada desde el principio en la situación de Colombia, que se concretaba en esa cooperación constructiva por ambas partes y cuyos hitos mayores hemos repasado–, el camino para el cierre del Examen Preliminar. Sin embargo, éste no iba a ser ni rápido ni rotundo, puesto que la misma situación de Colombia, por su complejidad y también por su gran fluidez, al menos en lo político, no lo permitía; y también porque, una vez solucionados los temas más relevantes relativos a la estructura misma de los procedimientos de justicia en marcha, en especial en el marco de los sistemas de justicia transicional –Justicia y Paz y JEP– todavía quedaban cuestiones abiertas en relación a si se iban a seguir procedimientos genuinos en relación a los máximos responsables de los crímenes más graves.

La más delicada de todas, por involucrar a agentes del Estado y por su potencial alcance político, la relativa a los llamados *falsos positivos*: verdaderas ejecuciones extrajudiciales llevadas a cabo por miembros del ejército de manera sistemática y generalizada en cumplimiento de una política adoptada por el Estado en sus niveles más altos. Pues bien, son los avances producidos en el marco de la JEP en relación a ello lo que ha acabado de pavimentar el camino para ofrecer la salida que tanto el gobierno de Colombia –desde el mismo inicio del Examen Preliminar– como la propia Fiscalía de la Corte deseaban, necesitaban y que ya comenzaba a ser urgente adoptar. Así, en relación a las actuaciones llevadas a cabo por la JEP en el ya referido macro-caso 03 sobre «Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado», hasta finales de 2021, 2.963 miembros de la fuerza pública han suscrito actas de sometimiento ante la JEP. En total se han presentado 388 versiones; entre ellos, muy significativamente, 10 generales, algunos de los cuales están en activo, que ya han rendido versión ante la Sala de Reconocimiento de Verdad de la JEP¹¹².

¹¹¹ STEWART, J., «Prácticas contemporáneas sobre justicia transicional: el impacto de los tribunales internacionales con jurisdicción complementaria», 29 de octubre de 2020, p. 7.

¹¹² Vid. <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/03.html#>

IV.2. *El Acuerdo de Cooperación entre la Fiscalía de la CPI y Colombia: el futuro camino para extender la cooperación en la lucha contra la impunidad*

A pesar de todos los avances indicados, a la altura de junio de 2021, la Fiscalía de la Corte todavía no tenía completamente claro el desenlace —«hay, todavía, *en la actualidad*, casos potenciales respecto de los cuales el análisis de la Fiscalía en materia de admisibilidad está pendiente, y que podrían en principio constituir el núcleo de investigaciones de la CPI si se procurase obtener autorización judicial»¹¹³—, aunque sí la forma del mismo —«la Fiscalía sigue también convencida de que, en ausencia de consideraciones relativas a la voluntad real, el mejor recurso para la rendición de cuentas en cualquier situación es priorizar los procesos de rendición de cuentas nacionales, tanto como sea posible»¹¹⁴— y también su necesidad y, en cierta medida, urgencia.

Así, siendo consciente de que «el análisis de la Fiscalía acerca de si en última instancia los procesos nacionales han abordado en forma genuina los casos potenciales que pudieran surgir de una investigación de la CPI podría llevar años»¹¹⁵, se plantea las siguientes alternativas: «podría mantener un examen preliminar abierto indefinidamente hasta que se completen todos los procesos relevantes antes de alcanzar una determinación sobre la admisibilidad; o podría procurar adoptar una decisión en una etapa anterior, mientras los procesos nacionales de rendición de cuentas están en curso, decisión que la Fiscalía podría visitar en el caso de un cambio de circunstancias»¹¹⁶. Optando con claridad por la segunda: «La Fiscalía cree que en principio podría, y de hecho debería, ser capaz de adoptar decisiones respecto de exámenes preliminares aun en medio de procesos nacionales de rendición de cuentas en curso, que podría visitar si fuera necesario, en lugar de posponer indefinidamente la toma de decisiones a resultas de la finalización de todos los procesos nacionales»¹¹⁷.

Ahora bien, la decisión de determinar cuándo tomar la decisión de cerrar un examen preliminar en casos complejos y que siguen en plena aplicación de sus sistemas de justicia, como el de Colombia, no es en absoluto sencillo. Con

¹¹³ Fiscalía de la CPI, *Situación en Colombia. Consulta sobre puntos de referencia*, 15 de junio de 2021, par. 12.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 21.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 22.

¹¹⁷ *Ibid.*, par. 23.

el fin de tratar de objetivar la toma de decisión y de establecer reglas generales aplicables no sólo a Colombia, sino a cualquier otra situación similar, la Fiscalía ha tratado de establecer un *marco de parámetros referenciales*, conformado por una serie de puntos de referencia y de indicadores específicos. La idea, lanzada en diciembre de 2019 por la Fiscal Bensouda¹¹⁸, a través de la realización de una consulta abierta al respecto, tampoco ha resultado sencilla de concretar, y hasta el momento, más de dos años después, la Fiscalía no ha podido elaborar un documento general en ese sentido, tal como era su propósito¹¹⁹.

Lo más que ha llegado a hacer es establecer un esquema aproximativo aplicable a la situación de Colombia únicamente, consistente en identificar determinados *puntos de referencia* con respecto a los que se puedan medir los cambios que se vayan produciendo, de un lado; y, de otro, en establecer *indicadores* que permitan realizar dichas mediciones, ya sea en forma de progresos o retrocesos, respecto a cada punto de referencia establecido.

Así, los *puntos de referencia* relevantes para la Fiscalía consistirán en determinar:

«si los procesos nacionales relevantes están activos o inactivos, en el sentido de hacer avances concretos y tangibles hacia la determinación de la responsabilidad penal individual de las personas objeto de investigación y/o enjuiciamiento y, en ese caso, si esas investigaciones y/o enjuiciamientos adolecen de falta de disposición o de capacidad para llevarse a cabo en forma genuina».

Evaluación de autenticidad que la Fiscalía deberá realizar utilizando como estándares de comparación los establecidos por el artículo 17. 2 y 3 del Estatuto de Roma, de acuerdo a la interpretación de los mismos contenida en la jurisprudencia de la Corte, junto a los estándares relevantes para determinar si se trata de procesos desarrollados con las debidas garantías y los factores establecidos por los documentos que establecen las políticas a seguir por la Fiscalía¹²⁰.

¹¹⁸ Vid. ICC, Office of the Prosecutor, *Remarks of ICC Prosecutor Fatou Bensouda at the Presentation of the 2019 Annual Report on Preliminary Examination Activities*, 6 December 2019, pp. 3-4 (accesible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=191206-pe-report>).

¹¹⁹ Vid. Fiscalía de la CPI, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2020. Situación de Colombia*, 14 de diciembre 2020, par. 154.

¹²⁰ En especial, Fiscalía de la CPI, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, 1 de noviembre de 2013.

Mientras que los *indicadores* son divididos en tres grupos:

- *estructurales*: referidos al marco legislativo nacional, dirigidos a determinar si existen los mecanismos de investigación, enjuiciamiento y adjudicación de crímenes de competencia de la Corte y si sus procedimientos de establecimiento de responsabilidad penal incorporan los estándares internacionales; con el objetivo de establecer la capacidad o disposición de las autoridades de llevar a una persona ante la justicia. La Fiscalía identifica algunos: «identificación de medidas que podrían impedir significativamente la autenticidad de los procesos relevantes; iniciativas que generen obstáculos importantes al mandato y/o el funcionamiento adecuado de las diferentes jurisdicciones competentes; o la revisión del esquema judicial establecido en el acuerdo de paz»¹²¹.
- *de proceso*: dirigidos a medir los esfuerzos que se están llevando a cabo para promover la rendición de cuentas por la comisión de tales crímenes. En el caso de Colombia, ello se concretaría en «considerar si hay lagunas manifiestas en el programa de enjuiciamiento en relación con la promoción y expansión de los grupos paramilitares; los procesos relacionados con el desplazamiento forzoso; los procesos relacionados con crímenes sexuales; y los casos de ‘falsos positivos’, y/o si aquellas personas que parecen ser las más responsables han sido o están siendo investigadas y/o enjuiciadas genuinamente por tales crímenes»¹²².
- *de resultado*: centrados en contabilizar los resultados específicos en esos procesos y con ello permitir evaluar «si las sanciones penales dictadas fueron efectivas, incluyendo en lo relativo a la verificación y el monitoreo, y/o proporcionales para cumplir los objetivos condenatorios apropiados, ya sea en términos de retribución, rehabilitación, restauración y/o disuasión»¹²³.

En el bien entendido que dichos puntos de referencia e indicadores, que conforman el marco de parámetros referenciales en la situación de Colombia, lógicamente no sólo van a permitir a la Fiscalía determinar cuándo tomar una decisión y en qué sentido –cerrar el Examen Preliminar o elevar a investiga-

¹²¹ Fiscalía de la CPI, *Situación en Colombia. Consulta sobre puntos de referencia*, 15 de junio de 2021, par. 39.

¹²² *Ibid.*, par. 40.

¹²³ *Ibid.*, par. 42.

ción la situación—; sino, en caso de cierre del mismo, deben servir también para permitir reactivar el Examen Preliminar en el lugar en el que quedó si tales parámetros así lo indicaran¹²⁴.

Pues bien, a pesar de subrayar «la complejidad de la situación» y la necesidad de «llevar a cabo un proceso de consulta abierto e inclusivo» en torno al mismo, así como afirmar que no iba a tomar una decisión «de forma inminente»¹²⁵, la Fiscalía tomó la decisión de cerrar el Examen Preliminar apenas un mes después de publicado el esquema de marco de parámetros de referencia. Ello muestra claramente la urgencia que tenía ya la propia Fiscalía para tomar ese paso; moviéndose entre, de un lado, la certeza de que su análisis sobre «si en última instancia los procesos nacionales han abordado en forma genuina los casos potenciales que pudieran surgir de una investigación de la CPI *podría llevar años*»¹²⁶, y, de otro, la consciencia de «una preocupación considerable por la posibilidad de una determinación prematura¹²⁷ de la Fiscalía (ya sea de a abrir investigaciones o de cerrar el examen preliminar), por el impacto que tendría sobre los procesos de justicia transicional en curso en Colombia, que están actualmente en una etapa crucial y formativa»¹²⁸.

Finalmente, a finales de octubre de 2021 la Fiscalía haría pública la decisión de cerrar el Examen Preliminar sobre la situación de Colombia, apoyado, por una parte, en los avances, evidentes e incuestionables, que hemos visto se han producido durante los más de 16 años de vigilancia y cooperación constructiva con Colombia; en especial, tras la implementación y el inicio del funcionamiento de la JEP. Y, por otra, mirando al futuro, tratando de dejar claro el compromiso de la Fiscalía de la CPI con Colombia por dos vías diferentes: de un lado, la posibilidad, siempre existente pues emana de las obligaciones que el Estatuto de Roma le impone a la Fiscalía, de poder reabrir el examen preliminar si se producen retrocesos de gravedad en los procesos nacionales de rendición de cuentas abiertos —para cuya valoración ya posee un marco de parámetros de referencia, como acabamos de ver—; y, de otro, continuar la cooperación constructiva, ahora ya sin la estrategia de complementariedad

¹²⁴ *Ibid.*, par. 18.

¹²⁵ *Ibid.*, par. 29.

¹²⁶ *Ibid.*, par. 21. Cursivas añadidas.

¹²⁷ *Vid.*, por ejemplo, Human Rights Watch, *Colombia: Carta al Fiscal de la Corte Penal Internacional*, de 30 de septiembre de 2021.

¹²⁸ Fiscalía de la CPI, *Situación en Colombia. Consulta sobre puntos de referencia*, 15 de junio de 2021, par. 28.

positiva desarrollada en el Examen Preliminar, a partir de lo establecido en el *Acuerdo de Cooperación entre la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional y el Gobierno de Colombia*, que, muy significativamente, se suscribió el mismo día del anuncio del cierre del Examen Preliminar.

Después de resaltar los positivos resultados de la cooperación desarrollada y de reconocer «el firme compromiso del Gobierno de Colombia con las diferentes pero interconectadas jurisdicciones que comprenden el sistema de justicia ordinario, el mecanismo de la Ley de Justicia y Paz y la Jurisdicción Especial para la Paz, y en particular con la salvaguarda del marco legislativo y de las asignaciones presupuestarias requeridas para su implementación», así como de «la demostrada capacidad y voluntad de Colombia hasta la fecha para administrar genuinamente justicia relacionada con los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional», aunque siendo consciente de que «los procesos judiciales internos no han concluido y que no se ha llegado todavía a la etapa de cumplimiento pleno de sentencias, con lo cual es previsible que algunos procesos continuarán por un período de tiempo significativo» y, en relación a ello, recordando «el carácter permanente de la Corte Penal Internacional»¹²⁹; el Acuerdo recoge los compromisos de ambas partes, que servirán de guía de actuación a partir de ese momento a ambas partes.

Así, por lo que respecta al Gobierno de Colombia, además de afirmar en el artículo 2 que «seguirá manteniendo informada a la Fiscalía de la Corte sobre los avances en las investigaciones y los procesamientos en Colombia y le facilitará el acceso a los registros y documentación pertinentes que ella solicite»; en el artículo 1, verdadero centro del Acuerdo, se compromete a «continuar apoyando los procesos pertinentes ante las diferentes instancias judiciales interconectadas, incluyendo la justicia ordinaria, el sistema de Justicia y Paz y la Jurisdicción Especial para la Paz, en cumplimiento de los marcos procesales temporales previstos para las mismas». Y, más en particular se compromete a continuar:

- «(i) salvaguardando su marco constitucional y legislativo establecido y su estructura;
- (ii) asignando el presupuesto necesario para su implementación; y
- (iii) previniendo cualquier interferencia con sus funciones.

¹²⁹ *Acuerdo de Cooperación entre la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional y el Gobierno de Colombia*, de 28 de octubre de 2021, Preámbulo (<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1623&ln=Spanish>).

Asimismo, el Gobierno se compromete a:

(iv) asegurar la seguridad y protección del personal judicial y de los fiscales, así como de los participantes que comparezcan ante los diferentes mecanismos de rendición de cuentas, y

(v) promover la plena cooperación y coordinación entre las diferentes entidades del Estado asignadas con funciones relacionadas a la rendición de cuentas, en particular entre la Fiscalía General de la Nación y la Jurisdicción Especial para la Paz».

Por su parte, la Fiscalía, de una parte, se compromete a su vez a «seguir apoyando los esfuerzos de Colombia en materia de rendición de cuentas» (artículo 3); mientras que, de otra, en el artículo 6, disposición clave del Acuerdo, advierte expresamente:

«Conforme al Estatuto de Roma, la Fiscalía podrá reconsiderar su evaluación de la complementariedad a la luz de cualquier cambio significativo de las circunstancias, incluyendo toda medida que pueda obstaculizar significativamente el progreso y/o la autenticidad de los procedimientos pertinentes y la aplicación efectiva y proporcionada de sanciones penales de naturaleza retributiva y restaurativa; iniciativas que resulten en importantes obstrucciones al mandato y/o al funcionamiento adecuado de las jurisdicciones pertinentes; o cualquier suspensión o revisión del esquema judicial establecido en el Acuerdo de Paz de manera que pueda retrasar u obstaculizar el desarrollo de procedimientos nacionales genuinos».

Así, con el compromiso detallado del Gobierno de Colombia de seguir apoyando los procesos en las diferentes instancias judiciales nacionales, ordinaria y transicionales; la advertencia de la Fiscalía de poder reabrir el Examen Preliminar en caso de incumplimiento, y, en fin, el reiterado recurso al mantenimiento de una estrecha cooperación constructiva entre ambos como marco de relación futura, se cierra una larga etapa de más de 17 años y se abre una nueva, llena de esperanza basada en los avances alcanzados, pero plagada de temores ciertos enraizados también en actuaciones en el pasado –por cierto, como hemos visto, un pasado muy reciente– del Gobierno de Colombia.

Dichos peligros para la realización de una justicia genuina fueron conjurados por la actuación siempre firme y decidida de la Fiscalía de la Corte apoyada en la eficacia que la disuasión de la amenaza de elevar a investigación la situación de Colombia en el marco del Examen Preliminar que se estaba desarrollando tenía para el Gobierno de Colombia. La gran duda que queda

en el aire, y que sólo el paso del tiempo acabará contestando, es si este nuevo marco de relación permitirá a la Fiscalía seguir teniendo la misma eficacia, careciendo de la misma capacidad de disuasión inmediata que en el pasado.

V. CONSIDERACIONES FINALES: EL CIERRE DEL EXAMEN PRELIMINAR SOBRE LA SITUACIÓN EN COLOMBIA, ¿ÉXITO DE LA ESTRATEGIA DE COMPLEMENTARIEDAD POSITIVA O ACICATE PARA LA IMPUNIDAD?

Una vez establecida por la Fiscalía de la Corte en la Fase 2 del Examen Preliminar sobre la Situación de Colombia la certeza de la comisión de crímenes para cuyo conocimiento es competente la CPI, tanto desde el punto de vista material, temporal y subjetivo, el Examen pasó a la Fase 3 donde se centró en el análisis del principio de complementariedad. La naturaleza complementaria de la jurisdicción de la CPI respecto a la nacional implica, en primer lugar, la preferencia de ésta última en relación a la primera. Sólo en el caso de que el Estado competente no pueda o no quiera llevar a cabo sus obligaciones a través de investigaciones y procesos genuinos, la Fiscalía daría una respuesta positiva a su análisis de la complementariedad y, pasando por la Fase 4 de interés de la justicia, tomaría la decisión de elevar a investigación de la Corte la situación.

En el caso de Colombia, dicha respuesta, sin embargo, no era, y sigue sin ser, sencilla, como hemos visto. Resultaba evidente que Colombia podía y también que durante todo el tiempo en que estuvo abierto el Examen Preliminar llevó a cabo una actividad muy extensa e intensa en el sentido indicado. Sin embargo, también era evidente que había importantes vacíos y deficiencias en la actuación de Colombia en relación a la investigación y enjuiciamiento de los máximos responsables en algunos de los crímenes más graves. Ante esta tesitura, la Fiscalía decidió apostar por dar tiempo a Colombia a partir de la preferencia por la respuesta nacional, contenida en el propio Preámbulo del Estatuto de Roma¹³⁰, siempre que fuera posible. Y en Colombia todavía lo era.

Esta regla –la priorización de la rendición de cuentas a nivel nacional– se erigió así en premisa que iba a presidir todo el largo desarrollo de la Fase 3 del Examen Preliminar, desde que se abriera allá por 2004 hasta la decisión de

¹³⁰ «Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales». Penúltimo párrafo del Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998.

terminarlo en otoño de 2021. Punto de partida que condujo a adoptar una estrategia novedosa a la Fiscalía: la denominada complementariedad positiva, a través de una sostenida e intensa cooperación constructiva con las autoridades colombianas. Pero cooperación implica, en primer lugar y sobre todo, compromiso por ambas partes. En el caso del Estado colombiano, éste no estuvo claro ni tuvo la misma intensidad todo el tiempo. De hecho, como ha señalado la propia Fiscalía de la Corte: «En el punto más bajo de la relación, parecía por momentos que a nivel nacional se estaba haciendo el mínimo absoluto a fin de mantener a la CPI ‘bajo control’»¹³¹.

Por ello, la estrategia de cooperación constructiva implicaba desde la perspectiva de la Fiscalía una acción proactiva de vigilancia y, en su caso, presión intensa, permanente y en profundidad de las actuaciones de las autoridades colombianas en relación a todo aquello que éstas realizaran –ya fuese en el nivel procedimental o de diseño del marco jurídico aplicable, ya en el del seguimiento de los diferentes asuntos en investigación y/o enjuiciamiento–. Y no creo que quepa duda hoy, aunque muchos sí la tuvieron en un principio y aún después en medio de esos *momentos más bajos*, que dicha estrategia de complementariedad positiva a través de una cooperación constructiva ha sido todo un éxito para ambas partes y, lo que es más importante, para las víctimas y el cumplimiento de sus derechos. Todo ello gracias a la labor incansable de cooperación vigilante llevada a cabo por la Fiscalía de la Corte durante estos últimos 17 años.

Pero también hay que entender que, en esa relación cooperativa entre las dos partes, ambas tienen intereses que defender e intentar alcanzar. En el caso del Estado colombiano, más allá de su obligación jurídica de hacer justicia de manera genuina, siempre prevaleció su interés político por evitar que el Examen Preliminar acabase siendo elevado a investigación por la CPI. La Fiscalía, por su parte, consciente de ello, utilizó el poder de persuasión que esa especie de *espada de Damocles* pendiente sobre Colombia y cuya activación sólo dependía de su decisión, le otorgaba para lograr ir avanzando, poco a poco, pero de manera firme, por la senda de la rendición genuina de cuentas a nivel nacional; especialmente, en aquellos momentos en los que la voluntad del gobierno colombiano en ese sentido parecía flaquear –como vimos ocurrió en los primeros compases de la presidencia de Iván Duque con el intento de hacer descarrilar a la JEP–.

¹³¹ Fiscalía de la CPI, Situación en Colombia. Consulta sobre puntos de referencia, 15 de junio de 2021, par. 9.

Sin embargo, con el paso del tiempo, del mucho tiempo con el Examen Preliminar abierto en Fase 3, los intereses de la Fiscalía –más allá de su deber de velar por que no exista impunidad en relación a los crímenes de competencia de la Corte tal y como establece el Estatuto de Roma– comenzaron a alinearse con los del gobierno de Colombia. Y es que, las importantes presiones políticas, y las no menos relevantes, por acuciantes, estrecheces presupuestarias impelían cada vez con mayor apremio a la Fiscalía de la Corte a tomar una decisión definitiva¹³². La reconducción de los intentos de obstaculizar la JEP por parte del Gobierno colombiano tras la presión que, hemos visto, ejerció la Fiscalía y el avance en las labores de la misma en los dos años siguientes, ofrecieron los argumentos suficientes a la Fiscalía para tomar la decisión querida por ambas partes, y que ya comenzaba a ser acuciante también para ella.

Sólo el tiempo dirá si fue una decisión prematura o acertada; si la nueva línea de cooperación establecida en el Acuerdo entre la Fiscalía de la Corte y Colombia de octubre de 2021, unida a la, siempre posible aunque difusa y muy improbable, posibilidad de reabrir el Examen Preliminar, serán suficientes para mantener una vigilancia lo bastante activa y efectiva para disuadir a Colombia de que debe cumplir de manera genuina con su obligación de investigación y enjuiciamiento respecto a *todos* los máximos responsables de *todos* los crímenes más graves. Y a nadie se le escapa que es en ese doble «todos» donde se esconde el diablo.

Pero lo que sí podemos afirmar tras el cierre del Examen Preliminar es que resulta cuanto menos irónico, tristemente irónico diría, que el antiguo presidente de Colombia, Álvaro Uribe Vélez, el mayor enemigo del Acuerdo Final entre Colombia y las FARC, quién más ha hecho por tratar de destruir la JEP, sea el máximo beneficiado por su existencia y buen funcionamiento, que han permitido a la Fiscalía de la CPI encontrar los argumentos necesarios para cerrar un Examen Preliminar que sobre él más que sobre ningún otro pendía cual espada de Damocles.

¹³² Como señala Human Rights Watch, en su carta dirigida al Fiscal de la CPI en septiembre de 2021 oponiéndose al cierre del Examen Preliminar: «somos conscientes de que algunos Estados Parte de la CPI han instado a que la Fiscalía aplique límites temporales estrictos a los exámenes preliminares y que, en el plano colectivo, los Estados Parte de la CPI no proporcionan los recursos suficientes para que el tribunal pueda responder, de manera eficaz, a la carga de trabajo actual. Estos factores pueden estar ejerciendo presión para que se «cierren» ciertas situaciones –sea que estén en el proceso de examen preliminar o de investigación– de todo el volumen de casos de la corte». Human Rights Watch, *Colombia: Carta al Fiscal de la Corte Penal Internacional*, de 30 de septiembre de 2021. *Vid.* también Human Rights Watch, «Submission to the Independent Expert Review of the International Criminal Court», 15 de abril de 2020, <https://www.hrw.org/news/2020/04/16/human-rights-watch-submission-independent-expert-review-international-criminal>

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuerdo de Cooperación entre la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional y el Gobierno de Colombia*, Bogotá, 28 de octubre de 2021, Preámbulo.
- Acuerdo de Cooperación entre la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional y el Gobierno de Colombia*, de 28 de octubre de 2021, Preámbulo (accesible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1623&ln=Spanish>).
- AMBOS, K. & HUBER, F., *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is there sufficient willingness and ability on the part of the Colombian authorities or should the Prosecutor open an investigation now?*, Institute for Criminal Law and Justice, Georg-August Universität Göttingen, enero de 2011.
- Amnistía Internacional, *Corte Penal Internacional: Declaraciones que constituyen reservas prohibidas al Estatuto de Roma*, AI: IOR 40/032/2005, de 2005.
- AVOCATS SANS FRONTIÈRES-CANADA, *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: 'más allá de lo positivo'. Un análisis sobre la necesidad de adoptar otra aproximación frente a un Estado que no quiere judicializar los crímenes que comprometen su responsabilidad internacional y la de sus altos funcionarios*, 2012.
- BENSOUDA, F., *Declaración de la Fiscal de la CPI sobre la conclusión de las negociaciones de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo*, de 1 de septiembre de 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia C-674/17, de 14 de noviembre de 2017, sobre la revisión de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017 (accesible en https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30034303#ver_30137043).
- Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2015. Situaciones en Colombia y Honduras*, Oficina del Fiscal, 12 de noviembre 2015.
- Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2016. Situación de Colombia*, Oficina del Fiscal, 14 de noviembre 2016.
- Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2020. Situaciones en Colombia y Honduras*, Oficina del Fiscal, 14 de diciembre 2020.
- Corte Penal Internacional, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, Oficina del Fiscal, noviembre 2013.
- Corte Penal Internacional, *Policy Paper on the Interests of Justice*, Office of the Prosecutor, September 2007.
- Corte Penal Internacional, *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*, Oficina del Fiscal, noviembre 2012.
- EL AMINE, H., «Pourquoi la Cour pénale internationale n'est-elle pas compétente en matière de terrorisme international ?», en *Terrorisme et droit international*, M. J. Glennon & S. Sur (dir.), Académie de Droit International de la Haye, Martinus Nijhoff Pub., Leiden/Boston, 2008, pp. 247-267.

- Fiscalía de la CPI, *Informe sobre las actividades del Examen Preliminar 2020. Situación de Colombia*, 14 de diciembre 2020.
- Fiscalía de la CPI, *Situación en Colombia. Consulta sobre puntos de referencia*, 15 de junio de 2021.
- Human Rights Watch, *Colombia: Carta al Fiscal de la Corte Penal Internacional*, de 30 de septiembre de 2021 (accesible en <https://www.hrw.org/es/news/2021/10/14/colombia-carta-al-fiscal-de-la-corte-penal-internacional>).
- ICC, Office of the Prosecutor, *Remarks of ICC Prosecutor Fatou Bensouda at the Presentation of the 2019 Annual Report on Preliminary Examination Activities*, 6 December 2019, en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=191206-pe-report>).
- Ley 1922, *sobre Reglas de Procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz*, de 18 de julio de 2018 (accesible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87544>).
- OLÁSOLO ALONSO, H., «El impacto del examen preliminar de la CPI sobre los delitos de lesa humanidad cometidos desde el 1 de noviembre de 2002 en el proceso de negociación de paz entre el gobierno y las FARC», en C. M. Díaz Barrado, C. R. Fernández Liesa & J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (dir.), *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 711-735.
- OLÁSOLO ALONSO, H., «El Principio de Complementariedad y las Estrategias de Actuación de la Corte Penal Internacional en la Fase de Examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su Examen preliminar, pero no abre una Investigación, sobre la Situación de Colombia» en <http://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/Olasoloformatted.pdf>.
- PIGRAU SOLÉ, A., «Colombia: la investigación pendiente de la Corte Penal Internacional», en C. M. Díaz Barrado, C. R. Fernández Liesa & J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (dir.), *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 655-690.
- PIGRAU SOLÉ, A., «Colombia: la investigación pendiente de la Corte Penal Internacional», en C. M. Díaz Barrado, C. R. Fernández Liesa & J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (dir.), *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2013, p. 13.
- QUESADA ALCALÁ, C., «La justicia penal internacional y Colombia», en C. M. Díaz Barrado, C. R. Fernández Liesa & J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (dir.), *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 691-710.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre el establecimiento de un marco de justicia transicional para lograr una paz estable y duradera, C-579/13, de 28 de agosto de 2013.

Situación en Colombia. Reporte Intermedio, Oficina del Fiscal, noviembre 2012.

Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled «Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58,» ICC-01/04-169, under seal 13 July 2006; reclassified public 23 September 2008.

Situation in the Republic of Kenya, «Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya,» 31 de marzo de 2010, ICC-01/09-19-Corr.

Situation in the Republic of Kenya, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15, ICC-01/09-3, 26 November 2009.

STEWART, J., «Prácticas contemporáneas sobre justicia transicional: el impacto de los tribunales internacionales con jurisdicción complementaria», 29 de octubre de 2020 (accesible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20201029-JKS-Speech-COL>).

STEWART, J., *El artículo 28 del Estatuto de Roma*, Oficina del Fiscal, Bogotá, 1 de noviembre de 2018,

STEWART, J., *La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, Bogotá, 13 de mayo de 2015.

VACAS FERNÁNDEZ, F., *El conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las Relaciones Internacionales*, Doctrina & Ley, Bogotá (Colombia), 2017.

VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Derecho Internacional ante el conflicto de Colombia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VACAS FERNÁNDEZ, F., *El terrorismo como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

