

Héctor Olásolo Alonso*

La función de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna:

De la doctrina de la intervención humanitaria y de las instituciones judiciales *ex post facto* al concepto de responsabilidad para proteger

Revista LOGOS CIENCIA & TECNOLOGÍA ISSN 2145-549X,
Vol. 2, No. 1, Julio - Diciembre 2010, pp. 112-120

Fecha de recepción del artículo: 21 de octubre de 2010.
Fecha de aceptación del artículo: 01 de diciembre de 2010.

* LLM Universidad de Columbia. Doctor en derecho, Universidad de Salamanca. Catedrático de Derecho Penal Internacional y Derecho Procesal Internacional, Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología, Universidad de Utrecht. Director del Programa Clínico sobre Conflicto Armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional, Universidad de Utrecht. Letrado de las Salas de la Corte Penal Internacional (2004-2009). Miembro de la Asesoría Jurídica y de la Sección de Apelaciones de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex -Yugoslavia (2002-2004). Miembro de la Delegación española en la Comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional reunida en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York entre 1999 y 2002.

** Lección Inaugural de la Cátedra de Derecho Penal Internacional y Derecho Procesal Internacional, Universidad de Utrecht. Dictada en el Aula Magna de dicha Universidad el 18 de octubre de 2010.

El legado de atrocidades del siglo veinte muestra amargamente las deficiencias colectivas de las instituciones internacionales y el profundo fracaso de los Estados para cumplir con sus responsabilidades más básicas. Dada la gravedad y duración en el tiempo de los costes generados para una sociedad por la comisión de delitos atroces (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), el reforzamiento de la acción preventiva se convierte en fundamental. Esto aparece subrayado en el nuevo concepto de "Responsabilidad de Proteger".

En la presente lección inaugural, se abordará la función de la Corte Penal Internacional ("CPI") en la aplicación de este nuevo concepto a través de medidas distintas a aquellas que se dirigen a terminar con la impunidad de los responsables de delitos atroces ya cometidos.

1. LA DOCTRINA DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA Y EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PARA PROTEGER

Los años noventa vieron el establecimiento por las Naciones Unidas, o con la participación directa de las Naciones Unidas, de varios tribunales internacionales con jurisdicción sobre delitos atroces que ya se habían producido. Estos tribunales se caracterizaron por su primacía sobre las jurisdicciones nacionales, su naturaleza temporal y la limitación de su jurisdicción a situaciones de crisis determinadas, como el conflicto en la antigua Yugoslavia o el genocidio en Ruanda. En definitiva, como Leila Sadat y Michael Scharf han señalado, dichos tribunales no eran sino parte de una estrategia más amplia de Naciones Unidas para enfrentar situaciones post-conflicto, siendo su objetivo principal promover la reconciliación.

La convivencia entre el fortalecimiento de la justicia penal internacional y el mantenimiento de un sistema internacional que, a través de su inacción, toleraba delitos atroces era insostenible. Por ello, los años noventa experimentaron también el desarrollo más importante de la doctrina de la intervención humanitaria, y su aplicación a situaciones como las de Somalia en 1993 y Kosovo en 1999.

La doctrina de la intervención humanitaria tiene su fundamento en un entendimiento del concepto de soberanía como responsabilidad, cuyos orígenes pueden remontarse a las ideas de Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas, las cuales llevaron a la aprobación en 1552 de las Nuevas Leyes de Indias, en las que por primera vez en la historia colonial europea se abolía la esclavitud de los pueblos indígenas. Así mismo, al inicio del siglo XVII, el jesuita Francisco Suarez, representante principal de la Escuela de Salamanca en aquel periodo, subrayó que el origen del poder político se encuentra en el consenso de las voluntades libres y que, por lo tanto, los hombres tienen el derecho a desobedecer hasta el punto de terminar con un gobierno injusto. Con posterioridad, Hugo Grotius, John Locke, y los teóricos del contrato social del siglo XVIII, desarrollaron el concepto de soberanía como responsabilidad tal y como lo conocemos en la actualidad.

Sobre esta premisa, la doctrina de la intervención humanitaria, formulada por primera vez por Hersch Lauterpacht al término de la segunda guerra mundial, justifica el derecho a la intervención armada en un esta-

do que no tiene la disposición o la capacidad para proteger a su propia población de delitos atroces. Según sus seguidores, la intervención humanitaria de las Naciones Unidas o de terceros estados con la autorización, o incluso sin la autorización, de las Naciones Unidas, sería conforme con los principios de soberanía e integridad territorial recogidos en la Carta de Naciones Unidas. Como estos principios se dirigirían a proteger a los ciudadanos de los estados, y no a los estados en cuanto entidades, no podrían aplicarse a favor de aquellos estados que o bien cometen ellos mismos delitos atroces, o bien no son capaces de prevenirlos.

La doctrina de la intervención humanitaria ha sido abandonada de manera progresiva en la última década por varias razones. En primer lugar, no ha sido capaz de ofrecer criterios precisos que permitan definir aquellas circunstancias que darían lugar al derecho de intervención armada. En segundo lugar, no ha recibido un apoyo amplio porque para muchos la prohibición de uso de la fuerza contenida en la Carta de las Naciones Unidas no admite excepciones en casos de intervención humanitaria. En tercer lugar, como el concepto de intervención humanitaria se limita a ofrecer un mecanismo de reacción frente a situaciones en las que ya se han cometido delitos atroces, presenta a los estados dos opciones igualmente indeseables: (i) permanecer impasibles; y (ii) enviar unidades militares para proteger a la población amenazada.

Con el declive de la doctrina de la intervención humanitaria, y las limitaciones estructurales de las instituciones judiciales *ex post facto*, era necesario identificar nuevos mecanismos para la prevención de delitos atroces. El concepto de responsabilidad para proteger, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la cumbre mundial de 2005, reafirmado por el Consejo de Seguridad en 2006, y desarrollado por el Secretario General de las Naciones Unidas en 2009, pretende cumplir esta función.

Como la doctrina de la intervención humanitaria, el concepto de responsabilidad para proteger tiene también su fundamento en el entendimiento de la soberanía como responsabilidad. Sin embargo, presenta varios elementos propios, que, como Carsten Stahn ha señalado, le han permitido obtener una amplia aceptación en un corto espacio de tiempo. En primer lugar, aborda el dilema de la intervención armada desde la perspectiva de aquellos que sufren delitos atroces, y no desde la perspectiva de quienes alegan tener un derecho a intervenir.

En segundo lugar, los conceptos de responsabilidad e intervención no se limitan a la mera reacción frente a la comisión de delitos atroces. Por el contrario, el concepto de responsabilidad para proteger constituye una aproximación global a situaciones de crisis que se basa en la premisa de que una respuesta efectiva requiere una intervención continua que debe comenzar con la adopción de medidas de prevención. Sólo si estas medidas fallan será necesario reaccionar a la comisión de delitos atroces. Además, la elección de los mecanismos más apropiados para la reacción, incluyendo la intervención armada, debe tener en cuenta la necesidad de cumplir con posterioridad el compromiso de construir una paz duradera, y promover el fortalecimiento del estado de derecho, la buena gobernabilidad y el desarrollo sostenible.

En tercer lugar, el concepto de responsabilidad para proteger se aplica conforme a un principio de complementariedad con tres pilares bien definidos. Conforme al primer pilar, aquellos estados cuyas poblaciones se encuentran en peligro tienen la responsabilidad principal de protegerlas frente a la instigación y la comisión de delitos atroces. Cuando debido a su falta de capacidad o control territorial, los estados afectados no pueden proporcionar dicha protección, terceros estados, así como la comunidad internacional en su conjunto, deben asistirles en aplicación del segundo pilar. Finalmente, en aquellos casos en los que las medidas de asistencia sean ineficaces por la falta de disposición de la clase dirigente nacional o la existencia de graves problemas de capacidad, la responsabilidad se traslada a la comunidad internacional para adoptar medidas rápidas y eficaces en aplicación del tercer pilar, lo que incluiría también, en circunstancias excepcionales, la intervención armada.

En consecuencia, se puede afirmar que el concepto de responsabilidad para proteger pone su acento sobre la prevención, lo que, a su vez, ha favorecido que el centro del debate se haya trasladado en gran medida desde la determinación de los criterios que justificarían, o incluso requerirían, la intervención armada con o sin la autorización de las Naciones Unidas, a la adopción de medidas de prevención eficaces.

2. LAS DOS DIMENSIONES DEL MANDATO PREVENTIVO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: PREVENCIÓN GENERAL E INTERVENCIÓN OPORTUNA

Así como el siglo XXI ha experimentado un progresivo alejamiento de la doctrina de la intervención hu-

manitaria en aras del concepto de responsabilidad para proteger, también ha observado el paso desde las instituciones judiciales *ex post facto* hacia el establecimiento y consolidación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente.

Como Cherif Bassiouni ha afirmado, la CPI representa un nuevo modelo de persecución y enjuiciamiento de delitos atroces porque: (i) ha sido creada por los Estados Partes a través de un tratado internacional; (ii) constituye una organización internacional independiente con un carácter permanente; y (iii) no es parte de la estrategia de las Naciones Unidas para hacer frente a situaciones de post-conflicto.

En particular, la CPI ha sido creada para conocer de situaciones de delitos atroces ocurridas a partir del 1 de julio de 2002 en el territorio de cualquiera de sus 114 Estados Partes, e incluso fuera de dicho territorio cuando haya una participación significativa de nacionales de Estados Partes o una remisión por parte del Consejo de Seguridad. Además, la CPI opera conforme a un régimen de complementariedad, conforme al cual sólo puede ejercitar su jurisdicción cuando los estados afectados no actúan, o, si lo hacen, no tienen la disposición necesaria o la capacidad suficiente para desarrollar de manera genuina sus actuaciones.

Existe una clara conexión entre el concepto de responsabilidad para proteger y el mandato de la CPI en cuanto que ambos se centran en situaciones futuras de delitos atroces, y tienen como fundamento de actuación la responsabilidad principal de los estados afectados. Por esta razón, el Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, se refirió el año pasado al Estatuto de la CPI como uno de los instrumentos claves en la aplicación del concepto de responsabilidad para proteger.

En este sentido, es importante subrayar que el la CPI comparte con las instituciones judiciales *ex post facto* de los noventa el compromiso de terminar con la impunidad como medio para promover: (i) la prevención general positiva consistente en garantizar la aplicación del derecho penal internacional y reforzar, de esta manera, los bienes jurídicos protegidos por el mismo; y (ii) la prevención general negativa resultante de transmitir a la clase dirigente mundial el mensaje de que aquellos que incurran en delitos atroces no quedarán impunes. Este compromiso es cumplido mediante una combinación de actuaciones judiciales con relaciones internacionales, programas de sensibilización y actividades de información pública.

Es importante señalar que los esfuerzos de la CPI en materia de prevención general pueden asistir a los representantes de las Naciones Unidas y de otras organizaciones y estados interesados que actúen en aplicación de los pilares segundo y tercero del concepto de responsabilidad para proteger, a la hora de subrayar ante las autoridades nacionales de los estados afectados los costes de incurrir en delitos atroces y las ventajas de su desistimiento.

Sin embargo, a diferencia de las instituciones judiciales *ex post facto* de los noventa, el mandato preventivo de la CPI tiene una segunda dimensión consistente en la intervención oportuna en situaciones en las que existan amenazas concretas de futuros delitos atroces, o en las que este tipo de delitos se están ya cometiendo. Esta segunda dimensión es principalmente desarrollada por el Fiscal de la CPI a través de sus investigaciones preliminares e investigaciones, y puede cubrir un amplio abanico de situaciones tal y como lo demuestran:

(i) Las nueve mil comunicaciones recibidas hasta la fecha por el Fiscal, provenientes de personas y organizaciones residentes en más de 140 estados; y

(ii) La variedad de ubicaciones geográficas en las que se han llevado a cabo exámenes preliminares e investigaciones desde el año 2003: Afganistán, Colombia, Costa de Marfil, Darfur, Georgia, Guinea, Iraq, Kenia, Palestina, República Centro-Africana, República Democrática del Congo, Uganda y Venezuela.

Como el concepto de responsabilidad para proteger pone su acento en la prevención mediante una intervención rápida y efectiva, la segunda dimensión del mandato preventivo de la CPI, consistente en su intervención oportuna, puede contribuir significativamente al cumplimiento de la responsabilidad asumida por la Comunidad Internacional conforme a los pilares segundo y tercero de dicho concepto.

3. LA INTERVENCIÓN OPORTUNA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL COMO CONSECUENCIA DE AMENAZAS CONCRETAS DE FUTUROS DELITOS ATROCES

Los delitos atroces no son inevitables. Su comisión requiere un planeamiento y preparación que se extiende a lo largo del tiempo, en cuanto que son fruto de un esfuerzo colectivo llevado a cabo a través de un marco organizativo. Además, repetidas experiencias

han mostrado que existe normalmente suficiente información sobre el hecho de que delitos atroces van a ser cometidos en un futuro próximo, la cual, desgraciadamente, es ignorada, desconsiderada o relativizada por altos dirigentes nacionales e internacionales con distintas agendas políticas. En consecuencia, las disposiciones legislativas sobre planeamiento, preparación, instigación y tentativa son de gran relevancia para la eficacia de los esfuerzos preventivos a través de una intervención oportuna.

Desde esta perspectiva, no puede causar sorpresa que, excepto en relación con la definición del delito de genocidio que ha sido tomada siempre *verbatim* de la Convención contra el genocidio de 1948, la posición adoptada en el Estatuto de la CPI es significativamente distinta de la posición adoptada en los estatutos de las instituciones judiciales *ex post facto* de los años noventa. En estos últimos, tal y como William Schabas ha afirmado, no se incluyeron disposiciones sobre planeamiento, preparación, instigación y tentativa porque habrían sido superfluas dado que los delitos ya se había cometido.

El artículo 25 del Estatuto de la CPI recoge la figura de la tentativa en relación con todos los delitos atroces (de manera que se encuentra limitada al delito de genocidio), entendiéndose como tal la realización de "actos que supongan un paso importante para su ejecución". Si bien esta definición de la tentativa requiere algo más que el mero planeamiento, el problema que plantea es el de donde establecer la frontera entre actos meramente preparatorios, y conductas que constituyan realmente un "paso importante" para la ejecución de delitos atroces.

Ni el Estatuto de la CPI, ni la jurisprudencia de los tribunales internacionales ofrecen criterios a este respecto. Algunos sistemas nacionales, como el alemán,

Además, repetidas experiencias han mostrado que existe normalmente suficiente información sobre el hecho de que delitos atroces van a ser cometidos en un futuro próximo, la cual, desgraciadamente, es ignorada, desconsiderada o relativizada por altos dirigentes nacionales e internacionales con distintas agendas políticas.

han adoptado un enfoque más restrictivo y requieren un movimiento directo hacia la consumación del delito. Otros sistemas, como el de los Estados Unidos, favorecen una concepción más amplia conforme a la cual conductas como la posesión, obtención o fabricación del instrumento del delito, o el seguimiento de la víctima serían suficientes para incurrir en responsabilidad penal por tentativa.

En consecuencia, si la jurisprudencia de la CPI adopta una concepción menos restrictiva de la figura de la tentativa, está podría ser de aplicación en situaciones como la ocurrida en Ruanda donde durante dieciséis meses consecutivos, comenzando en 1993, más de medio millón de machetes fueron importados y distribuidos, junto con armas de fuego y granadas, bajo el disfraz de un pretendido programa de defensa nacional.

El artículo 25 del Estatuto de la CPI también atribuye responsabilidad penal a los actos de instigación pública y directa para cometer genocidio. A pesar de su limitación al delito de genocidio, el alcance de su aplicación podría ser significativo en situaciones como las ocurridas en Ruanda, donde desde 1991 los medios de comunicación sistemáticamente incitaron a la población Hutu a cometer actos de violencia contra la población Tutsi, o en Camboya donde durante años la radio del régimen de los Jémeres Rojos solicitó a sus radiooyentes que “purificaran” la población de Camboya.

En relación con el delito de agresión, la definición recientemente aprobada en junio de 2010 durante la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI atribuye responsabilidad penal tanto al planeamiento como a la preparación de un acto de agresión.

Con ello, el Estatuto de la CPI se acerca, al menos en lo que se refiere al delito de agresión, a la regulación contenida en la gran mayoría de las legislaciones penales nacionales, en las que se atribuye responsabilidad penal a actividades tales como el acuerdo para la comisión del delito, la participación en el diseño de un plan criminal común, o la contribución al establecimiento de las condiciones necesarias para su ejecución.

De hecho, si hoy en día es ampliamente aceptado a nivel nacional que actos preparatorios de este tipo den lugar a responsabilidad penal, entendemos que no existe justificación para concluir lo contrario en la esfera internacional en relación con delitos de la magnitud y la gravedad de los delitos atroces.

Aunque la actual regulación de la instigación y la tentativa en Estatuto de la CPI constituyen una base suficiente para la intervención oportuna de la CPI, no cabe duda que la extensión de la responsabilidad penal por planeamiento y preparación a todos los delitos atroces reforzaría significativamente la función preventiva de la CPI. Así mismo, en tanto en cuanto son líderes políticos y militares quienes se encuentran normalmente involucrados en el planeamiento y preparación de delitos atroces, el hecho de que la actividad de la CPI ponga particular énfasis en esta fase del inicial del *iter criminis* reduciría notablemente las controversias sobre algunas de las formas de responsabilidad puestas de manifiesto por Kai Ambos, George Fletcher, Göran Sluiter, Herman van der Wilt, Elise van Sliedregt, Tomas Weigend y Gerard Werle. Además, esta línea de actuación se encontraría plenamente en conformidad con el estándar de gravedad exigido por el Estatuto de la CPI y con la política de Luis Moreno Ocampo de centrar su actividad en “las personas más responsables”.

En tanto en cuanto una comunicación individual o una carta de remisión de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad contiene indicios tangibles de instigación o de tentativa de delitos atroces, el Fiscal de la CPI tiene la obligación de abrir un examen preliminar, a través del cual se pretende distinguir entre aquellas situaciones que requieren la apertura formal de una investigación y aquellas otras situaciones que requieren otro tipo de tratamiento.

A los efectos de tomar esta decisión, no es suficiente con la obtención y análisis de información relativa a las alegaciones de instigación o tentativa. Por el contrario, es también necesario revisar la información disponible sobre *inter alia*:

(i) La admisibilidad de la situación de que se trate, debido a la inacción, falta de disposición o falta de capacidad de las autoridades nacionales del estado afectado, y a la gravedad de la violencia; y

(ii) La posible existencia de razones sustanciales para creer que la apertura de una investigación no redundaría en interés de la justicia.

Como consecuencia, como Antonio Cassese y David Scheffer han señalado, el Fiscal puede responder adecuadamente por razones de admisibilidad o intereses de la justicia cuando las autoridades nacionales de los estados afectados adopten medidas significativas para prevenir la comisión de delitos atroces.

Además, según el artículo 25 del Estatuto de la CPI, quienes dan un paso importante para la ejecución de delitos atroces no serán penalmente responsables si desisten de sus esfuerzos para cometerlos o, de otra forma, impiden su consumación. Por lo tanto, el Fiscal puede cerrar un examen preliminar relativo a alegaciones de instigación o tentativa si su intervención oportuna ha contribuido a eliminar la amenaza de que delitos atroces puedan ser cometidos en un futuro cercano.

Si bien durante sus exámenes preliminares el Fiscal no puede adoptar medidas de carácter coercitivo, ni puede solicitar a los Estados Partes varias de las formas de cooperación recogidas en el Estatuto de la CPI, el potencial que tienen dichos exámenes preliminares para incentivar a las autoridades nacionales de los estados afectados no debería ser infravalorado.

Como lo demuestran varios exámenes preliminares, incluidos aquellos relativos a las situaciones en Georgia, Guinea y Palestina, el Fiscal, además de recibir testimonio y buscar información de diversos tipos de fuentes, puede: (i) enviar misiones a los estados afectados; (ii) recibir en su oficina de La Haya a delegaciones de gobiernos nacionales, representantes del poder judicial, líderes de la oposición y ONGs; (iii) recomendar aquellas medidas que deberían ser tomadas a nivel nacional para eliminar la amenaza de delitos atroces; (iv) discutir una estrategia de prevención con las Naciones Unidas, así como con otras organizaciones y estados interesados; (v) intercambiar información con actores nacionales e internacionales; y (vi) abordar en los medios de comunicación la evolución de los acontecimientos en los estados afectados, y el grado de cooperación de las autoridades nacionales.

La utilización de canales diplomáticos y medios de comunicación para llamar la atención del mundo sobre los planes de cometer delitos atroces de las autoridades nacionales de los estados afectados, al tiempo que se subraya la posibilidad de que puedan evitar su enjuiciamiento ante la CPI si desisten de dichos planes y toman las medidas preventivas necesarias, puede ser un mecanismo particularmente efectivo.

Además, desde la perspectiva de asegurar una intervención oportuna frente a la existencia de amenazas concretas de delitos atroces, el Estatuto de la CPI ofrece posibilidades únicas. Así, mientras otros órganos de la comunidad internacional, como el Consejo de Seguridad o la Asamblea General de las Naciones Uni-

das, requieren normalmente de arduas negociaciones para tomar la decisión de intervenir en una determinada situación, el Fiscal de la CPI no necesita consultar con otras entidades interesadas antes de proceder a la apertura de un examen preliminar.

A pesar de la ausencia de pruebas concluyentes, existen indicios de que el examen preliminar en Afganistán contribuyó a que la OTAN, y en particular los Estados Unidos, definiesen de manera más estricta las condiciones para el lanzamiento de bombardeos aéreos. Los Estados Unidos también parecen haber reafirmado su compromiso de recurrir a sus propios mecanismos de investigación y enjuiciamiento internos, lo que parece haber provocado la apertura en abril de 2010 de una investigación de alto nivel con respecto a las muertes de civiles presuntamente provocadas por fuerzas especiales norte-americanas.

Por su parte, el examen preliminar en Iraq, que comenzó a raíz de las numerosas comunicaciones individuales recibidas por el Fiscal desde el año 2003, fue cerrado debido a las actuaciones iniciadas por el Reino Unido con respecto a todas y cada una de las instancias en las que nacionales británicos pudieron verse involucrados en la comisión de crímenes de guerra.

Así mismo, el examen preliminar en Kenia parece haber fortalecido el mensaje enviado por el ex-Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en el sentido de que no habría impunidad para quienes incurriesen en la comisión de delitos atroces.

Cuando no es posible incentivar a las autoridades nacionales de los estados afectados a través de un examen preliminar, la fase de investigación de una situación, en la que el Fiscal puede recurrir a medidas coercitivas así como a todas las formas de cooperación de los Estados Partes, puede constituir también un mecanismo eficaz para el cumplimiento del mandato preventivo de la CPI.

En relación con el delito de agresión, la definición recientemente aprobada en junio de 2010 durante la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI atribuye responsabilidad penal tanto al planeamiento como a la preparación de un acto de agresión.

Así, el artículo 53 del Estatuto de la CPI atribuye al Fiscal la potestad de cerrar una investigación cuando “no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento”. Para adoptar esta decisión es necesario analizar criterios semejantes a los aplicables durante la fase de examen preliminar. De esta manera, el Fiscal puede decidir el cierre de una investigación si la misma ha servido para hacer que autoridades nacionales re-nuentes adopten pasos significativos dirigidos a prevenir realmente la comisión de delitos atroces.

4. LA INTERVENCIÓN OPORTUNA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL CUANDO DELITOS ATROCES SE ESTÁN YA COMETIENDO

La intervención oportuna de la CPI puede tener lugar también en situaciones en las se estén ya cometiendo delitos atroces. En estas situaciones, dicha intervención irá principalmente dirigida a poner fin a la comisión de dichos delitos. Además, el desistimiento de futuros delitos no excluirá la responsabilidad penal surgida por aquellos que ya hayan sido cometidos. Por lo tanto, en estos supuestos, el Fiscal sólo podrá decretar el cierre de sus exámenes preliminares e investigaciones por razones relativas a la admisibilidad o a los intereses de la justicia.

En este contexto, todo incentivo a las autoridades nacionales para poner fin a la comisión de delitos atroces debe ir acompañado de:

(i) La asistencia a dichas autoridades nacionales para que puedan cumplir con su deber de investigar y enjuiciar los delitos ya cometidos (“complementariedad positiva”); y

(ii) El reparto con la CPI, sobre todo cuando haya problemas serios de falta de capacidad, de la carga de investigar y enjuiciar dichos delitos (“complementariedad cooperativa”)

En consecuencia, el apoyo a los estados afectados receptivos para que fortalezcan sus sistemas nacionales de justicia y lleven a cabo sus propias actuaciones, constituye un elemento esencial de la intervención oportuna de la CPI en cuanto que pilar básico de su mandato preventivo.

Como han afirmado William Burke-White y Christopher Hall, el Fiscal puede recurrir al tipo de medidas previstas en la sección anterior para cumplir con este mandato a través de sus exámenes preliminares e investigaciones. En particular, el Fiscal puede entrenar a

los actores jurídicos nacionales en la investigación y el enjuiciamiento de delitos atroces, y asistirles en el establecimiento de programas de diversa índole, incluyendo programas de protección de víctimas y testigos, y administración y gestión de la información. Así mismo, puede monitorear el desarrollo de las actuaciones nacionales y dar su parecer al respecto, así como trabajar en coordinación con los otros órganos de la CPI para incrementar la eficacia de las medidas preventivas adoptadas.

En este sentido, es importante subrayar que, a pesar de la cooperación internacional de terceros estados y organizaciones, las autoridades nacionales de los estados afectados receptivos parecen tener una clara preferencia por recibir directrices de actuación directamente de funcionarios de la CPI. Debido a que las propias autoridades nacionales son conscientes de que sus esfuerzos por investigar y enjuiciar delitos atroces serán revisados en última instancia por la CPI, la recepción de criterios claros de actuación emitidos por la CPI es considerada por aquéllas como imprescindible para el éxito de dichos esfuerzos.

En consecuencia, el potencial de la CPI para contribuir a través de su intervención oportuna al fortalecimiento del estado de derecho y la buena gobernabilidad en los estados afectados receptivos es muy importante. El examen preliminar en Colombia ofrece ya a día de hoy indicios de este potencial.

Las investigaciones sobre los paramilitares desmovilizados en Colombia a partir del año 2003 no comenzaron hasta que la Corte Constitucional colombiana se pronunció en mayo de 2006 sobre la constitucionalidad de la ley de Justicia y Paz, pieza clave del proceso de desmovilización. Poco después, el Fiscal de la CPI hizo público su examen preliminar, y en octubre de 2007 y agosto de 2008 realizó sendas visitas a Colombia.

Desde entonces, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia ha subrayado la importancia de centrar las investigaciones desarrolladas conforme a la ley de Justicia y Paz en: (i) el patrón de delitos atroces a que se vio sometida la población civil; y (ii) la estructura, composición y apoyo externo recibido por los grupos paramilitares que cometieron estos delitos. Este énfasis se ha visto reflejado en el Protocolo para la Presentación de Medios de Prueba adoptado el 23 de agosto de 2010 por la Sala de Enjuiciamiento de Justicia y Paz de Bogotá.

Así mismo, desde finales de 2007, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema colombiana ha venido desarrollando investigaciones y enjuiciamientos por presuntos vínculos con el paramilitarismo contra una tercera parte de los miembros del Parlamento Colombiano, así como contra diecinueve gobernadores. Estas actuaciones, basadas en las confesiones de los líderes paramilitares desmovilizados, han propiciado dieciocho condenas hasta el momento, la mayoría de las cuales se han dictado contra miembros de partidos políticos que apoyaban al gobierno colombiano en el año 2007.

Las confesiones de los líderes paramilitares desmovilizados han provocado también la apertura en instancias inferiores de la jurisdicción ordinaria de investigaciones contra cientos de funcionarios públicos, políticos locales y miembros de las fuerzas armadas y la policía.

Es indiscutible que sólo un puñado de altos cargos militares y policiales se encuentra en este momento sometido a investigación, y que la aplicación de la ley de Justicia y Paz se enfrenta a desafíos notables como: (i) la falta de publicidad de los criterios utilizados para la selección de los paramilitares desmovilizados sometidos a investigación conforme a la dicha ley; (ii) las escasas condenas dictadas hasta el momento; (iii) la extradición de catorce líderes paramilitares claves a los Estados Unidos por delitos de narcotráfico; (iv) la falta de desmovilización de miembros de las guerrillas; y (v) el reciente incremento en los niveles de violencia como consecuencia, en gran medida, del accionar de las llamadas "bandas criminales emergentes" compuestas por antiguos paramilitares.

Sin embargo, a la hora de valorar si las actuaciones por delitos atroces desarrolladas en Colombia desde el 2007 están contribuyendo al fortalecimiento del estado de derecho y la buena gobernabilidad del país, es importante recordar las décadas de violencia a gran escala en las que los grupos paramilitares y quienes les apoyaron disfrutaron en Colombia de completa impunidad.

Tal y como lo demuestran las visitas a la CPI durante el año 2010 del Fiscal General del Estado y de una amplia representación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia, el examen preliminar del Fiscal es uno de los factores que parece haber contribuido a la nueva situación en Colombia. Sin embargo, es difícil medir su impacto en las autorida-

des nacionales colombianas puesto que existen otros factores que también han contribuido a la misma, como por ejemplo: (i) las condiciones impuestas por el Congreso de los Estados Unidos para la aprobación de ayuda militar y condiciones de comercio favorables para Colombia; y (ii) las decisiones de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos contra Colombia por violencia paramilitar.

En este contexto, cabe afirmar que una mayor coordinación entre la intervención oportuna de la CPI y estos otros factores contribuiría a incrementar notablemente la eficacia en Colombia de las medidas adoptadas por la comunidad internacional en aplicación del concepto de responsabilidad para proteger. En este sentido, es importante subrayar la imperiosa necesidad de una mayor coordinación entre las Naciones Unidas y la CPI, sobre todo a la luz de su reconocimiento y compromiso mutuo de cooperación, y de las salvaguardias existentes para evitar la interferencia de la CPI con las funciones del Consejo de Seguridad.

CONCLUSIÓN

La función preventiva de la CPI es un medio importante para el cumplimiento de la responsabilidad que corresponde a la comunidad internacional según el concepto de responsabilidad para proteger. Hasta el momento, se ha puesto el énfasis en los esfuerzos preventivo generales de la CPI a través de aquellas actividades que se dirigen a poner fin a la impunidad por delitos atroces ya cometidos. Sin embargo, contribución que la CPI puede realizar a la prevención de futuros delitos atroces mediante su intervención oportuna puede ser incluso superior.

La realización de este potencial requiere que los distintos órganos de la CPI reconozcan que el mecanismo de la intervención oportuna constituye un medio básico para el cumplimiento de la función preventiva de la CPI. Así mismo, requiere de un reconocimiento similar por los Estados Partes para que provean los recursos necesarios para su desarrollo eficaz, y extiendan a todos los delitos atroces la responsabilidad penal por los actos de planeamiento y preparación de la ejecución. Sobre esta base, una mayor coordinación entre la CPI, las Naciones Unidas y otras organizaciones y estados interesados permitiría incrementar significativamente el efecto preventivo de su intervención oportuna sobre los estados afectados.

En última instancia, lo que realmente está en juego es si la CPI se limita a ser uno de los varios mecanismos existentes para dirimir la responsabilidad penal individual surgida de la comisión de delitos atroces, o si por el contrario, más allá de cumplir con su mandato preventivo general, es capaz de desarrollar plenamente su enorme potencial para el fortalecimiento del estado de derecho y la buena gobernabilidad de los estados afectados a través de su intervención oportuna.