

ESTRATEGIA INTEGRAL CONTRA LA IMPUNIDAD:
EL DEBER DE JUSTICIA PENAL Y EL PRINCIPIO
DE COMPLEMENTARIEDAD EN EL ESTATUTO
DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Mauricio Iván del TORO HUERTA*

Al doctor Sergio García Ramírez, juez destacado, jurista ejemplar y, ante todo, maestro.

SUMARIO: I. *A manera de introducción.* II. *El deber de justicia penal y la protección de los derechos humanos.* III. *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma.*

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

No obstante las circunstancias adversas que atraviesa la humanidad y las recurrentes crisis marcadas por nuevos unilateralismos, en los últimos años hemos sido testigos, a la par y pese a todo aquello, de una verdadera “revolución normativa” en el ámbito del derecho internacional público. La consolidación creciente de un derecho internacional basado en el principio de respeto a la dignidad humana (manifiesto principalmente en el avance significativo de las diferentes vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana)¹ parece ganar terreno sobre la perspectiva voluntarista del derecho internacional basada en los conceptos de so-

* Facultad de Derecho, UNAM. El autor desea agradecer el apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología en la elaboración de este trabajo, desarrollado en el marco de las actividades de investigación de la beca que le ha sido otorgada por dicha institución para la realización de estudios de postgrado.

¹ Tradicionalmente se han considerado dentro de estas vertientes de protección al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), al derecho internacional de los refugiados (DIR) y al derecho internacional humanitario (DIH). Al respecto véase, entre

beranía estatal y seguridad nacional. El principio de humanidad se sitúa ahora dentro de los principios constitutivos del derecho internacional contemporáneo como ordenamiento de la comunidad internacional.² Es cierto e innegable que el principio de soberanía estatal tiene un lugar primordial entre los principios constitucionales del derecho internacional y que éste depende en gran medida de la actuación de los Estados.³ Es verdad también que los Estados siguen siendo los principales sujetos del ordenamiento internacional, y por tanto siguen dominando el escenario internacional. Sin embargo, un nuevo concepto de soberanía empieza a tomar forma en el escenario internacional; un concepto basado, no en el ejercicio absoluto e ilimitado del poder, sino en el ejercicio responsable del mismo, y por tanto, limitado y conforme con los deberes establecidos en el ordenamiento internacional (entre los cuales destacan los deberes generales de respeto y garantía de los derechos humanos de todos los individuos sujetos a su juris-

otros: Cançado Trindade, Antonio A. *et al.*, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, México, Porrúa, 2003. En la actualidad también ha de considerarse al derecho penal internacional (DPI) dentro de las ramas especializadas del derecho de gentes que procuran y promueven el respeto de los derechos humanos en toda circunstancia. *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, 2a. ed., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, p. 171.

² La importancia y consolidación creciente del principio de humanidad y el consecuente proceso de humanización del derecho internacional ha sido destacado por diferentes autores, entre ellos destaca el curso general de la Academia de La Haya de Derecho Internacional del profesor Antonio A. Cançado Trindade *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, impartido en 2005 (pendiente de publicación) que sistematiza algunas de sus ideas ya expresadas también como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en diversos votos particulares, entre ellos los emitidos en los casos *Caesar vs. Trinidad y Tobago* (sentencia del 11 de marzo de 2005) y *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (sentencia del 29 de abril de 2004), en ambos destaca la importancia creciente y la presencia permanente de ciertas consideraciones básicas de humanidad en el derecho internacional. En el mismo sentido, el profesor Theodor Meron se refirió en su curso general de la Academia de La Haya a la influencia de la protección de los derechos humanos en el derecho internacional. [Meron, T., “International Law in the Age of Human Rights”, *Recueil des Cours*, tome 301 (2003)] y el profesor José Antonio Pastor Ridruejo destacó también en su curso general en La Haya la importancia del proceso de humanización del derecho internacional a la par de otros procesos que acompañan la evolución del ordenamiento internacional, tales como su moralización, socialización y democratización. *Cfr.* *Le Droit International à la Veille du Vingtième et Unième Siècle: Normes, Faits et Valeurs, Recueil des Cours*, t. 274 (1998), pp. 294 y ss.

³ *Cfr.* Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2001.

dicción).⁴ De la misma forma, los Estados no son los únicos miembros de la comunidad internacional y no gozan más, como otrora, de subjetividad internacional exclusiva. Como es bien sabido, las organizaciones internacionales gozan de subjetividad internacional (funcional y limitada, pero subjetividad a fin de cuentas)⁵ y lo mismo podemos decir del individuo, titular innegable de derechos y obligaciones internacionales.⁶

Es precisamente en el campo del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y en el derecho penal internacional (DPI) donde la manifestación de la subjetividad internacional de la persona humana se hace más evidente.⁷ El DIDH hace del individuo y del respeto a sus derechos la razón de ser no sólo del derecho en general sino también del mismo Estado.⁸ El derecho internacional reconoce los estándares mínimos que todo

⁴ Sobre este nuevo rostro de la soberanía véase Chayes, Abram y Handler Chayes, Antonia, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, 1995.

⁵ La Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la “Reparación de los daños sufridos al servicio de Naciones Unidas”, del 11 de abril de 1949, reconoció la subjetividad internacional de las organizaciones internacionales y enfatizó: “En un sistema jurídico, los sujetos no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad” (C. I. J. *Recueil*, 1949, pp. 178).

⁶ *Cfr.* Barberis, Julio, *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 160 y ss.

⁷ *Cfr.* Cañado Trindade, Antônio Augusto, “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Development”, *Les Droits de l’homme à l’aube du XXIe siècle-Liber Amicorum K. Vasak*, Bruxelles, 1999, pp. 521-544; Wladimiroff, Michail, “The Individual within International Law”, en Thakur, Armes & Malcontent, Meter, *From Sovereign Impunity to International Accountability. The Search for Justice in a World of Status*, United Nations University Press, 2004, pp.103-115.

⁸ Al respecto, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en diferentes oportunidades se ha referido al Estado de derecho, a la democracia representativa y al régimen de libertad personal y ha puntualizado cómo son consustanciales con el Sistema Interamericano y en particular con el régimen de protección de los derechos humanos contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia, en una sociedad democrática “los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una triada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. Así entendido, el régimen de garantías que son inherentes al ser humano y que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno “no implica solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales” indispensables para el control de legalidad de ma-

Estado democrático y de derecho debe garantizar a los individuos sujetos a su jurisdicción e impone a los Estados obligaciones y deberes generales de respeto y garantía de los derechos humanos. Además, el DIDH reconoce (de forma limitada, es cierto, pero con marcada tendencia a su generalización) el derecho de los individuos a presentar reclamaciones ante los órganos de supervisión de diversos tratados internacionales.

Al igual que en el DIDH, la subjetividad internacional del individuo se manifiesta innegablemente en el ámbito del DPI, donde se le reconoce ya no sólo como titular de derechos, sino también como sujeto pasivo de obligaciones internacionales respecto de la prohibición y sanción de los diferentes crímenes internacionales reconocidos por el derecho internacional general y convencional. La subjetividad en este ámbito se expresa en la imposición de sanciones y penas a los responsables de la comisión de ciertos crímenes internacionales, independientemente de que tal responsabilidad individual sea establecida directamente por una corte penal internacional o indirectamente por un tribunal nacional.⁹

Desde esta perspectiva, las interrelaciones entre el DIDH y el DPI se manifiestan no sólo respecto de la consideración del individuo como sujeto de derecho internacional, sino también respecto de su finalidad última que no es otra sino garantizar la protección y el respeto de los derechos humanos, así como establecer mecanismos de garantía efectivos tanto en el ámbito nacional como internacional que permitan sancionar a los responsables de las violaciones graves a tales derechos, así como reparar a las víctimas. La lucha contra la impunidad es una tarea común, tanto del derecho de los derechos humanos como del derecho penal internacional, pero no sólo de ellos, sino también es la misión central del Estado constitucional, cuya tarea es precisamente garantizar un marco de convivencia basada en el respeto de los derechos y en su efectiva garantía a través de diferentes mecanismos de control, pero principalmente a través de la consolidación de un modelo de justicia nacional efectivo. Tanto el derecho constitucional

nera que se preserve el Estado de derecho. (Entre otros, Corte IDH, *Garantías judiciales en Estados de emergencia*. Opinión consultiva OC-9/87, párrafos 35 y 36; *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. Opinión consultiva OC-8/87, párrafos 20-40.) Lo anterior es así, en virtud de que “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre)”. (Entre otros, Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia del 1o. de marzo de 2005, serie C, núm. 120, párrafo 54).

⁹ Cfr. Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.

como el derecho internacional en esta materia establecen límites claros al ejercicio del poder público o privado y establecen diferentes mecanismos de garantía; mecanismos que son complementarios en tanto tienen una finalidad común. De ahí la importancia creciente de la labor de los tribunales nacionales, en especial los supremos o constitucionales, en la garantía de los derechos fundamentales; y los penales, en la persecución y sanción de los responsables de sus violaciones.¹⁰ Es por ello que se habla del principio de complementariedad entre el derecho internacional y el derecho interno como un principio fundamental para hacer posible la finalidad común de establecer un régimen efectivo de protección y garantía de los derechos más fundamentales.

La complementariedad busca garantizar la inmediatez de la justicia, pero también su efectividad. La subsidiariedad y complementariedad del derecho internacional (tanto en el ámbito del DIDH como en el del DPI) suponen reconocer el derecho de los Estados de ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes cometidos en su territorio o en ejercicio de su jurisdicción personal (activa o pasiva) o, incluso universal, pero también el deber de los mismos de respetar y garantizar los derechos humanos. En consecuencia, los jueces nacionales son los jueces naturales respecto de la violación de los derechos humanos en el territorio estatal; sólo cuando éstos fallan es que la jurisdicción internacional está en el derecho y en el deber de actuar. Sobre esta base es que opera el principio de complementariedad en sentido amplio que dependiendo de la materia de que se trate adoptará características propias.

En su sentido más general, el principio de complementariedad se expresa jurídicamente en diferentes obligaciones, que van desde la adecuación del orden interno y las prácticas internas a los estándares establecidos en el derecho internacional, hasta las obligaciones específicas de cooperación impuestas a los Estados en materia de persecución, detención, arresto, entrega y ejecución de penas que establece el derecho penal internacional. Este principio supone la interrelación entre los diferentes operadores jurí-

¹⁰ Sobre el papel de los jueces nacionales y el creciente modelo de apertura constitucional al derecho internacional véase Del Toro Huerta, Mauricio, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363; y, del mismo autor, “Retos de la aplicación judicial en México, conforme a los tratados de derecho internacional de los derechos humanos”, en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, México, Programa de Cooperación México-Comisión Europea, 2005, pp. 119-197.

dicos nacionales e internacionales, principalmente los judiciales, al existir una necesaria concurrencia entre diferentes jurisdicciones. La complementariedad hace posible la debida interrelación entre jurisdicciones, situando a cada uno de los actores involucrados (jueces y autoridades nacionales e instancias internacionales) dentro de una compleja maquinaria que involucra diferentes ordenamientos con la finalidad común de garantizar un sistema de justicia efectivo que no sólo haga posible la determinación de las responsabilidades, sino también la reparación debida a las víctimas, al tiempo que contribuya en la medida de lo posible a la prevención de violaciones futuras. El principio de complementariedad se sitúa entonces como un principio operativo que es preciso delimitar, tanto para conocer sus posibilidades como para definir sus limitaciones.

Este trabajo tiene por objeto exponer de manera general la forma en que opera el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI), así como su relación con el deber de justicia penal establecido en el DIDH respecto de las violaciones graves a los derechos humanos. La idea central que guía las reflexiones aquí expuestas supone que el deber de justicia penal es la base de operatividad del régimen de complementariedad de la CPI, y en consecuencia se considera que en la medida en que las autoridades nacionales, en particular los jueces, cumplan cabalmente con su deber de justicia penal en la investigación y enjuiciamiento de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos, garantizarán la plena vigencia del Estado de derecho y contribuirán en la construcción de un régimen nacional e internacional de lucha contra la impunidad que, en última instancia y en las condiciones de su vigencia, está respaldado por la existencia y puesta en operación de la CPI,¹¹ eslabón indispensable

¹¹ El 1o. de julio de 2002 entró en vigor el Estatuto de la Corte Penal Internacional después de alcanzar las sesenta ratificaciones. A septiembre de 2005, ciento treinta y nueve Estados han firmado el instrumento y noventa y nueve lo han ratificado. El Acuerdo sobre Inmunities y Privilegios ha sido firmado por sesenta y dos Estados y cuenta ya con veinticinco ratificaciones. En México, el Senado de la República aprobó el Estatuto el 21 de junio de 2005, después de haberse reformado la Constitución Federal para ese efecto y sólo está pendiente el depósito del instrumento. La Corte se encuentra operando en la ciudad de La Haya, Holanda (Estado anfitrión, de conformidad con el artículo 3o. del Estatuto) y han sido remitidos a la Fiscalía cuatro situaciones. Tres remitidas por los Estados afectados (República Democrática del Congo, Uganda, República Centro Africana) y una por el Consejo de Seguridad (Darfur, Sudán). En tres de ellas se ha iniciado ya la investigación respectiva (República Democrática del Congo, Uganda y Darfur). El Fiscal ha recibido un total de 1497 comunicaciones. Costa de Marfil, Estado no parte del ER, aceptó la

para alcanzar tales objetivos, pero insuficiente, si las autoridades nacionales no cumplen con sus obligaciones y deberes internacionales.

II. EL DEBER DE JUSTICIA PENAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El deber de justicia penal ha sido definido por el profesor Sergio García Ramírez, actual juez presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el deber de investigación, persecución y enjuiciamiento de quienes incurrieron en violaciones de los derechos humanos.¹² De esta obligación de justicia penal de los Estados depende la vigencia efectiva de los derechos humanos. El cumplimiento de este deber es el presupuesto necesario de todo Estado de derecho, donde las violaciones a los derechos humanos sean efectivamente investigadas, sancionadas y reparadas. De no ejercer esta justicia, como señala el mismo profesor García Ramírez, “vendría por tierra el aparato nacional e internacional de tutela de los derechos humanos, erosionado por la impunidad”.¹³

El deber de justicia penal tiene una doble raíz. Una de base constitucional y otra internacional. En este último ámbito, el deber de justicia penal viene impuesto por los tratados internacionales o el derecho internacional general y reforzado en casos de circunstancias agravadas por las normas relativas a la responsabilidad del Estado y al deber de repara-

jurisdicción de la Corte mediante acuerdo especial de conformidad con el artículo 12.3 del Estatuto, en febrero de este año. Sobre los aspectos generales e históricos de la CPI, véase, entre otros: Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2a. ed., Cambridge University Press, 2004; Gómez Colomer, Juan Luis *et al.* (coords.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinario)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 23-59. Sobre algunos de los procedimientos ya iniciados y la aplicación del principio de complementariedad, véase Kaul, Hans-Peter, “Construction Site for More Justice: The International Criminal Court after Two Years”, *99 American Journal of International Law*, abril, 2005, pp. 370 y ss.; El Zeidy, Mohamed, “The Uganda Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State’s Party Referral to the ICC”, *International Criminal Law Review* 5, 2005, pp. 83-119. Para información general de la CPI véase: www.iccnw.org/español o el sitio oficial de la Corte: www.ice-cpi.int.

¹² Cfr. García Ramírez, Sergio, “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y la justicia penal*, México, Porrúa, 2003, p. 315.

¹³ *Idem*.

ción.¹⁴ Este deber específico de justicia penal deriva a su vez de los deberes generales impuestos por el DIDH.

En este ámbito de protección, los Estados, al ratificar un tratado de derechos humanos, se obligan a cumplir con sus deberes generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La obligación de respetar implica una obligación general del Estado de no vulnerar los derechos humanos.¹⁵ La obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos es una obligación compleja que abarca, al menos, los siguientes deberes: deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos; deber de investigar las violaciones ocurridas; deber de enjuiciar y sancionar a los responsables, y deber de reparar las consecuencias de las violaciones.¹⁶

¹⁴ En el mismo sentido se expresan los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados por la Comisión de Derechos Humanos, que la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario dimana de: a) Los tratados en los que un Estado sea Parte; b) El derecho internacional consuetudinario, y c) El derecho interno de cada Estado. *Cfr.* Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 61a. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 20 de abril de 2005, E/CN.4/RES/2005/35.

¹⁵ La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales. Algunos de estos instrumentos internacionales son: Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1o. y 2o.), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (artículo 1o.), Carta de las Naciones Unidas (artículo 55.c), Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1 y 2.2), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 7o.), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Preámbulo), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1o.), Carta Social Europea (Preámbulo), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículo 1o.), y Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2o.).

¹⁶ Para Pedro Nikken, en conjunto, el deber general de respeto y garantía de los derechos humanos, impone a los Estados una serie de deberes, entre los cuales destacan: 1) la obligación de los poderes públicos y del sistema jurídico interno en orden a la preservación de la integridad de los derechos humanos reconocidos; 2) la prohibición de la utilización directa o indirecta de la función pública como medio para violar dichos derechos; 3) la consagración de recursos judiciales apropiados y eficaces para la protección de los

Las obligaciones de respeto y garantía tienen un carácter *erga omnes*, en tanto que, por una parte, se impone a los Estados en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones y, por la otra, alcanza la totalidad de los derechos contemplados en los instrumentos internacionales, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, “se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”.¹⁷ Este deber general de respeto y garantía de los derechos humanos se proyecta en virtud del principio de unidad estatal, a todos los órganos del Estado y se manifiesta en el ejercicio de las competencias que el orden interno les atribuye. En consecuencia, los jueces nacionales están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos establecidos en el DIDH y en ello tiene un lugar primordial el deber de justicia penal respecto de las violaciones graves a los derechos humanos.

Para el cumplimiento efectivo del deber de justicia penal por parte de los jueces nacionales es preciso que se adopten las disposiciones legislativas necesarias a efecto de otorgar suficiente competencia a los jueces para co-

derechos humanos; 4) la consagración de la ilicitud, dentro del derecho interno, de todo acto atentatorio contra los mismos derechos humanos, cualquiera que sea el agente que los lesione o menoscabe; 5) la investigación seria de toda situación que configure una lesión a los derechos protegidos, cualquiera que sea su origen, y más aún si el mismo se presenta como desconocido; 6) el restablecimiento, en caso de violación, de la situación infringida, a través de la restauración, en cuanto quepa, del derecho o la libertad conculcados y de la reparación, si es procedente, de las consecuencias de ese hecho ilícito; 7) la sanción, si cabe, contra los responsables, y 8) la adopción de medidas que, razonablemente, contribuyan a prevenir la repetición de hechos semejantes. Además, el deber de adecuación del orden interno supone, a su vez el cumplimiento de buena fe de otras obligaciones, tales como: 1) la obligación de adoptar sin dilación las disposiciones de derecho interno necesarias para hacer efectivos los derechos humanos; 2) la obligación de suprimir toda norma o práctica incompatible con los deberes que el DIDH impone a los Estados; 3) la prohibición de dictar normas u otros actos, así como la de establecer prácticas violatorias de los derechos humanos; 4) la prohibición de aplicar o dar cumplimiento a leyes u otras normas violatorias del DIDH; 5) la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivas las decisiones o recomendaciones de los órganos de supervisión, tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; así como las sentencias y demás providencias de la Corte Interamericana. *Cfr.* Nikken, Pedro, “El deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos hasta las fronteras del Pacto de San José”, en Arismendi, Alfredo y Caballero Ortiz, Jesús (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas, 2003, t. III, pp. 2449 y 2459.

¹⁷ *Cfr.* Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados*, del 17 de septiembre de 2003, párrafo 109.

nocer de tales violaciones. Aquí se hace más evidente la íntima relación entre el deber general de respeto y garantía de los derechos humanos y la obligación de adecuar el ordenamiento interno al internacional. Al respecto, la Corte IDH ha reiterado que en el derecho de gentes

...una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente. En este orden de ideas, la Convención Americana [artículo 2o.] establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.¹⁸

Este deber general implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.¹⁹

En opinión de la Corte IDH, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.²⁰ En consecuencia, en toda circunstancia

¹⁸ Cfr. entre otras, *Caso Garrido y Baigorria*, reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 27 de agosto de 1998, serie C, núm. 39, párrafo 68; y *Caso Durand y Ugarte*, sentencia del 16 de agosto de 2000, serie C, núm. 68, párrafo 136.

¹⁹ *Caso Castillo Petrucci y otros*, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, párrafo 207; y *Caso Durand y Ugarte*, párrafo 137.

²⁰ *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrafo 167, y *Caso Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, serie C, núm. 5, párrafo 176. En el mismo sentido se expresan los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, al señalar que si no lo han hecho ya, los Estados se asegurarán, según requiere el derecho internacional, de que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones jurídicas internacionales del modo siguiente: “a) Incorporando las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario a su derecho interno o aplicándolas

en la cual un órgano o funcionario del Estado (poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial) o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el DIDH, lo que deriva en la responsabilidad internacional del Estado y en el deber de reparación.

Tratándose de las obligaciones internacionales dirigidas principalmente a los operadores jurisdiccionales nacionales, destacan, por un lado, aquellas derivadas de las normas que regulan el debido proceso y, por el otro, las relativas a la existencia misma de recursos internos efectivos y adecuados. El efectivo respeto a estos derechos es una herramienta imprescindible en la lucha contra la impunidad, que ha sido definida como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por el DIDH, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.²¹

El primer paso entonces para el efectivo combate a la impunidad es el establecimiento de recursos internos efectivos y el respeto de las normas del debido proceso. Si la salvaguarda de la persona frente al ejercicio ar-

de otro modo en su ordenamiento jurídico interno; b) Adoptando procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia; c) Disponiendo para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados que se definen más abajo, incluida la reparación; y d) Asegurando que su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que imponen sus obligaciones internacionales (principio I). Además, conforme con el principio II (*Alcance de la obligación*) de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones*, la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario comprende, entre otros, el deber de: a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones; b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional; c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación, y d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces...". Cfr. Doc. E/CN.4/RES/2005/35.

²¹ Corte IDH, entre otros, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, serie C, núm. 110, párrafo 148.

bitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos, “la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión”. Es por ello que el DIDH “establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales”.²²

La existencia de tales recursos, si bien indispensable, no es suficiente; es preciso que tales recursos sean efectivos. La Corte Interamericana ha dicho que el artículo 25.1 de la Convención Americana (relativo al derecho a un recurso efectivo) “incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o mecanismos procesales de protección destinados a garantizar tales derechos”.²³ En consecuencia:

no basta que los recursos existan formalmente sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos. Es decir, que toda persona debe tener acceso a un recurso sencillo y rápido ante jueces o tribunales competentes que amparen sus derechos fundamentales.²⁴

En este sentido, según la jurisprudencia constante del Tribunal de San José:

...la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir,

²² Entre otros, *Caso Tibi*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114, párrafo 130.

²³ *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia del 10. de marzo de 2005, serie C, núm. 120, párrafo 76.

²⁴ *Cfr. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia del 7 de junio de 2003, párrafo 121.

por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.²⁵

En definitiva, “los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos”.²⁶ Además, la Corte IDH ha reiterado que los Estados deben garantizar que el proceso interno tendiente a investigar y sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos surta sus debidos efectos. En consecuencia:

son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.²⁷

Ahora bien, el deber de justicia penal no sólo se expresa en normas primarias relativas al debido proceso y al derecho a recursos internos efectivos contra violaciones a los derechos humanos, sino también en el ámbito sustantivo y procesal, relativo al ejercicio de la jurisdicción del Estado sobre ciertos ilícitos de naturaleza internacional. En particular respecto del deber de enjuiciar y sancionar conductas que configuran crímenes internacionales y que se expresa en la fórmula latina *aut dedere aut judicare*, lo

²⁵ Cfr. entre otras: *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, sentencia del 28 de febrero de 2003, párrafo 126; *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, sentencia del 27 de noviembre de 2003, párrafo 117; *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia del 5 de julio de 2004, párrafo 192.

²⁶ *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párrafo 107.

²⁷ Cfr. Corte IDH, entre otros, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, serie C, núm. 110, párrafos 232 y 233.

que supone el deber de extraditar o enjuiciar los crímenes más graves de derecho internacional.²⁸ Este deber está íntimamente relacionado también con el principio de complementariedad en el marco del DPI y tendrá su influencia principalmente al momento de aplicar las disposiciones de los artículos 17, 18 y 19 del Estatuto de Roma.

El deber de extraditar o juzgar se encuentra previsto de diferentes formas en distintos instrumentos internacionales y supone la necesaria concurrencia de jurisdicciones entre diversos órganos judiciales respecto de crímenes considerados de interés internacional.²⁹ El deber de extraditar o juzgar es (respecto de esta última obligación de enjuiciar) una modalidad específica derivada de circunstancias agravantes del más amplio deber general de justicia penal. Toda violación grave a los derechos humanos deberá ser investigada, juzgada y sancionada por los Estados ahí donde se cometieron los hechos o, en aplicación de la fórmula *aut dedere aut judicare*, extraditado a un Estado con jurisdicción sobre tales crímenes de acuerdo con las normas nacionales e internacionales respectivas o, en aplicación del principio de complementariedad, entregado a la CPI siguiendo los lineamientos de su Estatuto.

Ello es así, en virtud de que la obligación general de extraditar o juzgar, contenida en la expresión *aut dedere aut judicare*, supone el reconocimiento por los Estados de valores comunes que se ven afectados por una conducta cometida por un individuo y que se considera un crimen de derecho internacional.³⁰ Desde esta perspectiva, el principio *aut dedere aut judicare* bien entendido contribuye a la construcción de un sistema global de

²⁸ Cfr. Bassiouni, Cherif & Wise, Edward, *Aut Dedere aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 3.

²⁹ Entre los diferentes tratados que establecen esta obligación de extraditar o juzgar y que se relacionan con la jurisdicción de la CPI, están: los convenios de Ginebra de 1949 sobre el Derecho Internacional Humanitario (artículos 49-50 del Convenio I, artículos 50-51 Convenio II, artículos 129-130 del Convenio III, artículos 146-147 del Convenio IV, y el artículo 85-88 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra; la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, aunque sólo referida al Estado del territorio y a la posible creación de un tribunal internacional (artículos 1o., 4o., 6o.); Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículos 1o., 4o., 9o.-16); la Convención contra el *apartheid* (artículo 5o.).

³⁰ Así lo expresa el párrafo primero del Preámbulo del ER al señalar que los Estados están “[c]onscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento”.

justicia a través de la aplicación igualitaria de la ley mediante un proceso imparcial e independiente; reivindica los derechos de las víctimas; permite al acusado demostrar su inocencia o en todo caso asumir su responsabilidad; aumenta el conocimiento y la conciencia pública sobre los crímenes de derecho internacional contribuyendo así a su prevención; y, en última instancia, refuerza los valores de la comunidad internacional en la construcción de un orden público internacional.³¹

Este deber de extraditar o juzgar tiene generalmente una fuente convencional. Sin embargo, se ha sostenido que tratándose de violaciones graves a los derechos humanos que constituyen crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, el deber de extraditar o juzgar pertenece al derecho internacional general y, en tanto norma consuetudinaria, se impone incluso más allá de todo límite convencional.³² En este sentido, los Estados están facultados para enjuiciar toda violación grave de los derechos humanos que configure uno de tales crímenes o, en caso de no poder o no querer hacerlo, extraditar al presunto responsable a otro Estado capaz y competente para llevar a cabo el juicio.

La competencia sobre estos crímenes está definida principalmente por la legislación estatal, y en algunos casos por el propio derecho internacional. En general, se reconocen cinco principios básicos de atribución de competencia: el principio de territorialidad, el principio de nacionalidad o personalidad activa, el principio de nacionalidad o personalidad pasiva, el principio de protección de intereses nacionales, y el principio de jurisdicción universal.³³ De entre ellos, el principio de territorialidad tiene cierta

³¹ Cfr. Bassiouni, Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 499 y ss.

³² La razón de ello es la naturaleza misma de las normas y los intereses que se protegen, normas consideradas de *ius cogens* que establecen obligaciones *erga omnes*. Cfr. Bassiouni, Cherif & Wise, Edward, *op. cit.*, nota 28, pp. 20 y ss. El criterio que considera el deber de juzgar o extraditar aplicado a los crímenes internacionales como parte del derecho internacional consuetudinario no admite una única respuesta, y algunos consideran que no hay evidencia suficiente para considerar la existencia de una costumbre obligatoria, sino tan sólo una norma permisiva. Cfr. Broomhall, Bruce, *International Justice and International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 110 y ss. Sobre el mismo tema: Sánchez Legido, Ángel, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 262 y ss.

³³ Cfr. Sánchez Legido, A., *op. cit.*, nota 32, pp. 32 y ss.; Reydam, Luc, *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press,

preponderancia en la medida en que el lugar de comisión del crimen (*locus delicti*) es la principal base para el ejercicio de la jurisdicción penal y por tanto se garantiza el principio del “juez natural”. En este sentido, como señala el profesor Remiro Brotóns, “el *lucus delicti* es la base de jurisdicción indiscutible, la primera de ellas, la preferente y recomendable: los delitos pueden y deben ser juzgados allí donde se cometen, más aún cuando los responsables y las víctimas son nacionales y residentes en el territorio”.³⁴ El ejercicio de la competencia territorial es la expresión natural del deber de justicia penal. Los jueces nacionales están obligados tanto por el derecho interno como por el derecho internacional (convencional y/o consuetudinario) a ejercer su jurisdicción sobre los crímenes contra la humanidad, genocidio o crímenes de guerra.

La competencia territorial, sin embargo, si bien primogénita no es exclusiva;³⁵ otros Estados pueden ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes internacionales sobre cualquiera de las bases ya mencionadas. De entre ellas, es el ejercicio de la jurisdicción universal el que ha generado más polémica e incluso incertidumbre respecto del futuro del derecho penal internacional. En principio, la jurisdicción universal es un mecanismo efectivo para evitar que ciertas conductas consideradas por su gravedad como crímenes de derecho internacional queden impunes. En este sentido, la jurisdicción universal refuerza el segundo deber del principio *aut dedere aut judicare*; asimismo, la posibilidad de su ejercicio contribuye a la prevención de tales conductas. Sin embargo, una vez establecida una jurisdicción penal internacional permanente existen algunos riesgos de una aceptación demasiado amplia del principio de universalidad, como podría ser el ejercicio injustificado de la jurisdicción universal *in absentia*, para efecto

2004, pp. 21 y ss. Este último autor además se refiere al principio de la bandera y al principio de representación.

³⁴ Remiro Brotóns, Antonio, “Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial”, *El derecho penal internacional*, VII-2001, Madrid, Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, p. 74.

³⁵ Ya la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Lotus* (1927) señaló: “Aunque es verdad que en todos los sistemas legales es fundamental el carácter territorial del Derecho penal, no es menos cierto que todos, o casi todos, estos sistemas extienden su jurisdicción a delitos cometidos más allá del territorio del Estado. La territorialidad del derecho penal no es, en consecuencia, un principio absoluto del Derecho internacional y de ningún modo coincide con la soberanía territorial”. CPJI, sentencia del 9 de septiembre de 1927, serie A, núm. 10, p. 20.

de limitar la competencia de la Corte Penal Internacional en virtud del principio de complementariedad.

En el ejercicio preferente de la jurisdicción estatal sobre los crímenes internacionales, en particular sobre aquellos crímenes de la competencia de la CPI, habrá de considerar dos cuestiones estrictamente relacionadas con el principio de complementariedad. En primer lugar, como señala Héctor Olásolo,

...la CPI no sustituye a ninguno de los mecanismos existentes tanto a nivel nacional como a nivel internacional para la investigación y el enjuiciamiento de los “crímenes más graves para la Comunidad Internacional en su conjunto”. Por lo tanto, la entrada en vigor del ER no ha afectado al contenido de las obligaciones *aut dedere aut iudicare* de los Estados Partes conforme a las Convenciones de Ginebra de 1949, su Protocolo Adicional Primero, y la Convención contra la Tortura. Además el contenido del principio de jurisdicción universal sobre los “crímenes más graves para la Comunidad Internacional en su conjunto” no se ha visto tampoco afectado. Por el contrario la CPI refuerza la legitimidad del principio de justicia universal en cuanto que crea un órgano jurisdiccional interestatal con carácter permanente al que se le asigna la función de asegurar que las investigaciones y enjuiciamientos desarrollados sobre la base de dicho principio son adecuadamente llevados a cabo por las jurisdicciones nacionales.³⁶

En segundo lugar —como apunta el profesor Georges Abi-Saab— habrá de tomarse en cuenta que al ejercer el principio de jurisdicción universal sobre los crímenes de la competencia de la CPI, los Estados no actúan sólo en representación de su propio interés, sino y principalmente en interés de la comunidad internacional dada la gravedad de los crímenes y, por tanto, una vez constituida por los Estados una jurisdicción penal permanente, ésta ha de considerarse preferente al momento de decidir sobre el ejercicio de la jurisdicción universal por aquellos Estados interesados.³⁷ Por ello se recomienda limitar la aplicación del principio de complementa-

³⁶ Olásolo, Héctor, “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, 82 *Revista Española de Derecho Militar*, julio-diciembre de 2003, pp. 60 y 61.

³⁷ Cfr. Abi-Saab, Georges, “The Proper Role of Universal Jurisdiction”, *Journal of International Criminal Justice* 1, 2003, pp. 596-602. Sobre las solicitudes concurrentes en el marco del Estatuto de Roma véase las diferentes soluciones dadas por los artículos 90 y 98 del mismo instrumento.

riedad exclusivamente respecto del Estado del lugar de la comisión del crimen, del Estado de la nacionalidad del supuesto responsable, y del Estado de detención o custodia; dejando abierto el ejercicio de la jurisdicción universal a aquellos casos que no cubran el umbral de gravedad establecido en el Estatuto de la CPI.³⁸ En cualquier caso será la propia CPI la que en última instancia decida sobre su propia competencia.

III. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA

Una de las características principales de la CPI es su naturaleza complementaria a las jurisdicciones nacionales. La afirmación del carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones estatales supone, necesariamente, la responsabilidad primaria de los jueces penales nacionales en la represión de los crímenes internacionales, y con ello el hecho de que la CPI sólo actuará ahí donde las autoridades estatales hayan fallado en el cumplimiento de su obligación de justicia penal respecto de tales crímenes, permitiendo así que éstos queden impunes.

En sentido amplio, el principio de complementariedad adoptado en Roma no es una modalidad nueva en el desarrollo histórico del derecho internacional, y con sus propias características, es consistente con la historia de la represión de los crímenes contra el derecho internacional.³⁹ A diferencia

³⁸ Cfr. Sánchez Legido, A., *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, cit., nota 32, pp. 303 y ss; Bottini, Gabriel, "Universal Jurisdiction alter the Creation of the International Criminal Court", *New Cork University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, 2004, núm. 2/3, pp. 503-562.

³⁹ Así lo demuestran no sólo los trabajos preparatorios a la Conferencia de Roma y aquellos realizados por el Comité "Ad Hoc", sino también los trabajos previos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), y la propia experiencia de otros tribunales penales internacionales, tanto aquellos creados por el Consejo de Seguridad como la experiencia de los Tribunales Militares de Nuremberg y Tokio. Si bien, existen diferencias importantes entre el régimen de primacía establecido en los Tribunales Militares de Nuremberg y Tokio y el establecido para los Tribunales Ad hoc, así como entre éstos y la CPI, lo cierto es que en todos los casos los tribunales internacionales actuaron conjuntamente con tribunales nacionales en la sanción de diversos crímenes internacionales. Sobre los antecedentes del principio y el papel de los jueces nacionales en la persecución de crímenes de la competencia de la Corte, véase: El Zeidy, Mohamed, "The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law", *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2002, p. 870.

de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Rwanda que gozan de primacía sobre los tribunales internos, la Corte Penal Internacional se basa en el principio de complementariedad. En consecuencia, mientras que los primeros están capacitados para atraer su jurisdicción respecto de un caso que se encuentre en conocimiento de algún tribunal nacional en cualquier etapa del procedimiento (artículo 9.2 del Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia, y 8.2. del Estatuto del Tribunal para Rwanda), la CPI sólo actuará cuando éstos fallen en la investigación o enjuiciamiento de los responsables. En ambos supuestos, sin embargo, no se establece un sistema de jurisdicción internacional exclusiva (no podría ni tendría sentido hacerlo, salvo quizá para la CPI en el caso del crimen de agresión, que por lo pronto está suspendida su aplicación mientras no se definan sus elementos típicos)⁴⁰ sino complementaria, y por tanto, en sentido estricto, complementariedad y concurrencia no difieren esencialmente, en tanto “existe un solapamiento entre las diversas jurisdicciones”. El diseño y el funcionamiento del principio de complementariedad “está destinado a resolver precisamente dicho solapamiento”.⁴¹ En última instancia, como se verá más adelante, la CPI, como los tribunales *ad hoc*, goza de “primacía material” al momento de resolver sobre la admisibilidad de un asunto.

⁴⁰ Respecto del crimen de agresión, el artículo 5.2, del Estatuto señala: “La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”. En consecuencia, la CPI no tiene por el momento competencia para conocer de situaciones que podrían configurar el crimen de agresión. Sobre las dificultades de llegar a una definición del crimen conforme al ER véase: Remiro Brotons, Antonio, “Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo”, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, Cuaderno de Trabajo, núm. 10, junio de 2005. Sobre los trabajos desarrollados para definir la competencia de la CPI respecto del crimen de agresión véase el informe sobre la “Reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey /Estados Unidos de América) del 13 al 15 de junio de 2005”, Doc. ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1. Documento disponible en www.iccnw.org (última revisión 14 de septiembre de 2005).

⁴¹ Alcaide Fernández, Joaquín, “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿tiempos de «ingeniería jurisdiccional»”, en Carrillo Salcedo, Juan Antonio (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 393.

El principio de complementariedad aparece en el contexto de elaboración del ER antes que como un principio de naturaleza jurídica como una alternativa de negociación política frente a la contraposición de intereses entre los diferentes Estados. Como recuerda John T. Holmes, el término “complementariedad” (*complementarity*) fue utilizado durante la redacción del Estatuto de la CPI para describir la relación entre la CPI y los tribunales nacionales en la investigación y sanción de los crímenes de la competencia de la CPI y dada su importancia, el principio de complementariedad fue desde el inicio de los debates sobre el proyecto de Estatuto en el Comité “Ad hoc”, así como en el Comité Preparatorio, e incluso antes en el Proyecto de estatuto preparado por la Comisión de Derecho Internacional (1994), motivo de tensiones constantes entre aquellos defensores a ultranza del principio de soberanía estatal y aquellos quienes promovían una Corte Penal Internacional fuerte con amplia jurisdicción y con primacía sobre los tribunales nacionales. En consecuencia, el debate en torno al principio de complementariedad y sus consecuencias jurídicas desde el inicio fue un aspecto políticamente sensible y jurídicamente complejo.⁴²

Tal como lo establece el párrafo 10 del preámbulo del Estatuto y el artículo 1o. del mismo, la Corte Penal Internacional es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, y en consecuencia se concibe como una institución permanente, facultada para ejercer su jurisdicción sobre individuos respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, de conformidad con su Estatuto y tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. Sin embargo, el Estatuto de Roma no define qué ha de entenderse por “complementariedad”, por lo que el alcance del principio ha de buscarse en el conjunto del texto del instrumento y en el contexto de su negociación.

En términos generales, en el marco del Estatuto de Roma, complementariedad significa que las jurisdicciones nacionales tienen, en principio, prioridad respecto de la CPI, al menos que la situación sea referida por el Consejo de Seguridad o el tribunal nacional competente “no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”. En consecuencia, la CPI no tiene primacía sobre las autoridades estatales, sino que juega un papel subsidiario y complementario de los tri-

⁴² Holmes, John T., “The Principle of Complementarity”, en Lee, Roy (ed.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, 1999, p. 41.

bunales nacionales en la investigación y sanción de los responsables de los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional. La CPI sólo está llamada a actuar cuando las autoridades estatales no actúen de conformidad con sus obligaciones internacionales en la persecución y sanción de tales crímenes.⁴³ En este sentido, la complementariedad se entiende como un concepto jurisdiccional que trata de resolver problemas entre jurisdicciones concurrentes.⁴⁴ Ahí donde no existe concurrencia de jurisdicciones, como es el caso de los delitos de jurisdicción exclusiva de los tribunales nacionales, tampoco es necesaria la complementariedad como concepto jurisdiccional, pues en el ámbito del ER el principio brinda una solución al conflicto de competencias. Solución que en principio se orienta a las jurisdicciones nacionales.

La responsabilidad primaria en la investigación, enjuiciamiento y sanción a los responsables de la comisión de los crímenes internacionales de la competencia de la CPI corresponde a los jueces penales nacionales, de conformidad con el deber de justicia penal derivado tanto del derecho internacional como del derecho interno. El establecimiento de la CPI no reemplaza a los Estados en sus obligaciones y deberes internacionales; al contrario, los jueces nacionales conservan sus prerrogativas soberanas y sus deberes de justicia penal. Por ello se dice que la CPI sólo actúa en un segundo momento cuando el Estado y sus jueces han fallado en el adecuado ejercicio de su soberanía y han permitido una situación “patológica” en la cual los crímenes más graves de trascendencia para la humanidad han quedado o pueden quedar impunes.⁴⁵ Éste es el sentido del régimen de complementariedad establecido en el ER.

De esta forma, la primacía de las jurisdicciones penales nacionales responde no sólo a una cuestión ideológica o a un criterio político, sino también a la existencia de obligaciones jurídicas derivadas tanto del derecho nacional como internacional de investigar, sancionar y reparar las viola-

⁴³ En este sentido, el principio de complementariedad crea una presunción a favor de la acción de los Estados. *Cfr.* Cassese, A., “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *European Journal of International Law* 10, 1999, pp. 158.

⁴⁴ *Cfr.* Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, 2003, p. 16.

⁴⁵ *Cfr.* Benvenuti, Paolo, “Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions”, en Lattanzi, Flavia & Schabas, William (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Il Sirente, 1999, vol. I, p. 22.

ciones graves a los derechos humanos. Es por ello que se considera al deber de justicia penal como la base de operación del principio de complementariedad y la razón de ser de la primacía de la jurisdicción nacional. Este deber específico de justicia penal se expresa claramente en el Preámbulo del ER cuando en su párrafo 6o. recuerda y enfatiza que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

Tal obligación primaria de los jueces nacionales tiene razones prácticas evidentes. Son los jueces nacionales los mejor capacitados para ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes cometidos en el territorio de su Estado, pues disponen de mejores condiciones para recabar las pruebas y los testimonios necesarios. Aunque esto sólo es posible ahí donde existen tribunales independientes y capacitados para ello. También desde la perspectiva de las víctimas la cuestión de la primacía de los tribunales nacionales resulta evidente, pues cuando los tribunales del país en que ocurrieron los hechos o están presentes sus presuntos responsables son creíbles y funcionan, no se viaja al extranjero ni se acude a una instancia internacional a litigar, a menos que se persigan reparaciones y satisfacciones que sólo allí pueden lograrse.⁴⁶

Existen diferentes razones de establecer un régimen penal internacional complementario a las jurisdicciones nacionales. Antonio Cassese identifica dos razones principales que tuvieron en cuenta los Estados al momento de la elaboración del Estatuto: las primeras de tipo práctico que asumen la imposibilidad de que un tribunal internacional (limitado en su número de jueces, así como en su personal, financiamiento e infraestructura) pudiera conocer de todos los casos de crímenes de la competencia de la Corte, cometidos a lo largo y ancho del planeta. En consecuencia, se consideró más sano dejar la gran mayoría de los casos relativos a la comisión de crímenes internacionales a los tribunales nacionales en ejercicio de sus competencias (territorial, personal o inclusive universal). En segundo lugar y mucho más definitivas estuvieron las razones basadas en el respeto, en la mayor medida posible, del principio de soberanía estatal.⁴⁷

Entendido así, el principio de complementariedad es el fiel de la balanza entre aquellas razones ideológicas basadas en una concepción restringida del principio de soberanía estatal y otras basadas en una noción amplia y compartida de valores internacionales. Por ello, el principio ofrece claras

⁴⁶ *Cfr.* Remiro Brotóns, Antonio, *op. cit.*, nota 34, p. 84.

⁴⁷ Cassese, Antonio, *op. cit.*, nota 9, p. 351.

ventajas pero también evidentes limitaciones y, como tal, el modelo de justicia penal internacional adoptado en Roma es una alternativa “imperfecta” pero necesaria y en ocasiones indispensable para hacer valer las normas que prohíben los crímenes internacionales, brindar una última esperanza de justicia a las víctimas y hacer efectivo el respeto a los derechos humanos.

En opinión del profesor Sergio García Ramírez, las ventajas de la complementariedad radican en que: *a*) es un espacio de convergencia y conciliación entre el concepto de soberanía y el concepto de operación y salvaguarda de un orden jurídico internacional; *b*) no desplaza, excluye o absorbe las atribuciones, obligaciones y facultades originales del Estado nacional, que tiene a salvo su potestad de regular e intervenir en primer término; y *c*) no desconoce el desarrollo del orden jurídico en su conjunto, que acepta y convoca un papel relevante del sistema internacional en forma subsidiaria y segura como segundo nivel de garantía, en tanto que la obligación estatal de penalizar las conductas que violan gravemente los derechos humanos (obligación que abarca la tipificación, investigación, procesamiento, condena y ejecución) tiene, como apunta el profesor García Ramírez, una fuente doble: nacional, por una parte; internacional, por la otra, y por tanto, “la operación natural, debida y eficaz del principio de complementariedad supone la existencia amplia y suficiente de reglas, mecanismos y procedimientos internos que le permitan operar”.⁴⁸

Además de las razones ya apuntadas, podemos considerar otras ocho buenas razones para justificar la existencia de una jurisdicción penal internacional. En primer lugar, la justicia penal internacional tiene por objeto hacer justicia a las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y reparar, en la medida de lo posible, el daño causado por las mismas. En segundo término permite, además, establecer la verdad de los hechos ocurridos y buscar la reconciliación en sociedades en transición. Tercero, la justicia penal internacional es una alternativa razonable a posibles deseos de venganza entre los actores involucrados. Cuarto, permite distinguir entre la responsabilidad individual y la responsabilidad colectiva, y con ello, sancionar a los individuos responsables de tales crímenes, independientemente de cualquier otra forma de responsabilidad internacional derivada de los mismos hechos. Quinto, permite también remover a los individuos presuntamente responsables de las estructuras de poder estatal que pudie-

⁴⁸ García Ramírez, Sergio, “El principio de complementariedad y otros temas”, *La Corte Penal Internacional*, pp. 202-204.

ran llevar a una situación de impunidad. Sexto, contribuye a la disuasión de la comisión futura de crímenes internacionales. Séptimo, fomenta y contribuye a la consolidación del Estado de derecho (*rule of law*); y finalmente, permite hacer efectivo el respeto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en especial respecto de los deberes estatales de investigación, sanción y reparación de las violaciones a los derechos humanos cuando los Estados incumplen con tales deberes.⁴⁹

El principio de complementariedad no sólo se concibe como un ideal regulativo, sino también como una pauta de interpretación de los operadores jurídicos nacionales e internacionales y, en sentido estricto, como principio que impone determinadas obligaciones y establece facultades. Como ideal regulativo, el principio de complementariedad supone al menos cinco aspectos: *a*) la existencia de una conciencia respecto de la gravedad de los crímenes internacionales y de la necesidad de que no queden impunes; *b*) el reconocimiento de que el deber principal de persecución y sanción de los responsables de tales crímenes corresponde a los tribunales estatales; *c*) la necesaria independencia e imparcialidad de las autoridades locales y el respeto a las normas internacionales relativas al debido proceso; *d*) la necesidad de establecer un régimen complementario de las instancias nacionales respecto de los crímenes más graves de trascendencia para la humanidad en manos de una tribunal penal internacional, y *e*) el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones derivadas del régimen de complementariedad y cooperación internacional, lo que incluye el deber de adecuación del derecho interno.⁵⁰

Otro aspecto fundamental a considerar y que se relaciona con el deber de justicia penal es el hecho de que, conforme con su carácter complementario, la CPI no tiene competencia para conocer de todos los crímenes internacionales, y tampoco de todos los actos que suponen crímenes dentro de su jurisdicción. La CPI sólo conoce de los crímenes establecidos en su

⁴⁹ *Cfr.* Lattimer, Mark, & Sands, Philippe, "Introduction", en *Justice for Crimes Against Humanity*, Oregon, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003, p. 18-22.

⁵⁰ Por ello se dice que la complementariedad de la jurisdicción de la Corte y de las jurisdicciones penales nacionales "sólo puede concebirse en virtud de la plena colaboración de los Estados concernidos, planteándose una compleja relación entre el Derecho Internacional y los ordenamientos internos... Desde estas premisas, la complementariedad es un límite al ejercicio de la jurisdicción de la CPI y una salvaguarda de la soberanía de los Estados". Alcaide Fernández, Joaquín, *op. cit.*, nota 41, en Carrillo Salcedo, Juan Antonio (coord.), *op. cit.*, nota 41, p. 418.

propio Estatuto (artículo 5o.) y en las modalidades agravadas que el mismo establece.⁵¹ Esto supone que otros crímenes internacionales que están fuera de la competencia de la Corte (como son, hasta el momento, la piratería, el terrorismo, el narcotráfico o los crímenes contra el personal de Naciones Unidas, etcétera), así como los casos en que los crímenes de su competencia no cumplan los elementos de gravedad definidos en el propio estatuto, deben ser investigados y sancionados por los tribunales nacionales en ejercicio de su jurisdicción, de conformidad con la legislación interna, así como del derecho internacional aplicable.

Finalmente, hay que decir que el régimen de complementariedad establecido en el ER, en tanto tratado internacional, se rige por las normas del derecho de los tratados, y en consecuencia los Estados, en general, se encuentran en plena libertad de aceptarlo o rechazarlo (salvo cuando el caso es remitido por el Consejo de Seguridad [artículo 13.b ER], en donde rigen las obligaciones derivadas de la Carta de Naciones Unidas en los términos de su artículo 103). En consecuencia, para los Estados parte, el régimen de complementariedad de la Corte supone la aceptación de la integridad del tratado en su conjunto (dado que el Estatuto no admite reservas de conformidad con su artículo 120) y de las obligaciones derivadas del mismo instrumento.⁵² Independientemente de que en ciertos supuestos el régimen de complementariedad también beneficie a Estados no partes en el ER.⁵³

⁵¹ Además de los crímenes señalados en el artículo 5o. del ER, la Corte es competente para conocer de ciertos delitos contra la administración de justicia y faltas de conducta en la Corte (artículos 70 y 71 del ER y el capítulo 9 de las Reglas de Procedimiento y Prueba relativo a los “Delitos contra la administración de justicia y faltas de conducta en la Corte”).

⁵² El carácter complementario del Estatuto de Roma se manifiesta en principio en la libertad absoluta que tienen los Estados de decidir si ratifican o no el tratado. A diferencia de los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad, cuyas resoluciones adoptadas en el marco del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas resultan obligatorias para los Estados miembros de la Organización, la CPI tiene una base convencional, y por tanto, en principio sólo obliga a los Estados partes en el Estatuto que libremente decidan aceptar sus disposiciones. Por tanto, un Estado que ha ratificado el Estatuto no puede alegar que la CPI al ejercer su jurisdicción sobre los crímenes de su competencia vulnera el principio de soberanía estatal por la simple razón de que el Estatuto de la Corte tiene una base convencional. *Cfr.* Lattanzi, Flavia, “The Complementarity Character of the Jurisdiction of the Court with respect to National Jurisdictions”, en Lattanzi, F. (ed.), *The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute*, Editoriale Scientifica, 1998, pp. 6 y 7.

⁵³ El principio de complementariedad opera de diferentes formas e implica el cumplimiento de determinadas obligaciones de naturaleza procesal, tales como el deber del

Los Estados parte en el Estatuto que en ejercicio libre de su potestad soberana han aceptado al ratificar el tratado los deberes establecidos en el instrumento, se obligan a cumplir los deberes que el mismo establece y los que derivan del mismo, de conformidad con el derecho internacional.⁵⁴ Entre ellos está la modificación del ordenamiento interno para efecto de adecuar su normativa interna, no sólo respecto de los aspectos sustantivos (los cuales en su mayoría se rigen por el DIDH y el DIH), sino, y principalmente, los aspectos procesales relacionados con los deberes de cooperación con la Corte para efecto de la detención, entrega, ejecución de las penas, etcétera. La efectividad del principio de complementariedad requiere necesariamente la plena cooperación de las autoridades nacionales una vez que se ha aprobado el inicio de una investigación o un caso ha sido admitido por la CPI.

La vigencia efectiva del principio de complementariedad depende de la armonización de las legislaciones nacionales y de las prácticas judiciales. En ello es importante considerar no sólo las cuestiones relativas al principio de complementariedad, sino también los deberes derivados del derecho internacional general, principalmente aquellos establecidos por el DIDH y el DIH. En el entendido de que aquellas conductas que no crucen el umbral de gravedad exigido por el estatuto han de ser perseguidas por las jurisdicciones nacionales. Por ello, es preciso que al momento de la armonización legislativa de los tipos penales establecidos en el Estatuto no se reproduzcan mecánicamente sus contenidos, sino que se atienda a la naturaleza de cada ilícito y se procure cubrir en su totalidad los estándares mínimos exigidos por el DIDH y el DIH para garantizar que efectivamente toda violación a los

fiscal de comunicar el inicio de una investigación a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate. En este sentido, el principio de complementariedad se aplica no sólo en relación con los Estados partes en el Estatuto, sino también respecto de los Estados no partes (artículo 18.1). Por tanto, si un tercer Estado no parte en el Estatuto ejerce su jurisdicción respecto de algún crimen de la competencia de la Corte sobre la base de una obligación convencional y el supuesto responsable está dentro de su territorio, independientemente de su nacionalidad y del lugar de la comisión del crimen, la Corte no podrá ejercer su jurisdicción si dicho Estado demuestra tener la voluntad y la capacidad para conducir un juicio justo. *Cfr.* Cassese, Antonio, *op. cit.*, nota 9, p. 352.

⁵⁴ Esto supone dejar de lado la idea según la cual el ejercicio de la autoridad de una institución internacional sobre hechos acontecidos en el territorio de un Estado o sobre sus nacionales supone una disminución de la soberanía estatal a favor de la instancia internacional. Sobre esta compleja relación véase: Brown, Bartram S., "Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals", 23 *The Yale Journal of International Law*, 1998, pp. 383-436.

derechos humanos será investigada y sancionada en el orden interno y sólo respecto de los crímenes más graves de la competencia de la CPI es que operará el principio de complementariedad. En este sentido, la justicia penal internacional viene a llenar una laguna importante en la persecución penal de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos ahí donde las jurisdicciones nacionales han fallado en hacerlo, complementando así el desarrollo progresivo de la protección internacional de los derechos humanos. El adecuado funcionamiento de la justicia penal radica en el ejercicio responsable e independiente de las funciones judiciales, tanto a nivel nacional como internacional, en el contexto de una amplia estrategia de combate a la impunidad. A continuación se describen los aspectos sustantivos y procesales del principio de complementariedad establecido en el ER.

1. *Aspectos sustantivos del principio de complementariedad: las cuestiones de admisibilidad (artículo 17) y el principio ne bis in idem (artículo 20)*

El artículo 17, relativo a las cuestiones de admisibilidad, es la piedra angular del Estatuto de Roma.⁵⁵ El artículo desarrolla el principio de complementariedad y, en consecuencia, procura el equilibrio entre los intereses nacionales y el ejercicio de la soberanía estatal, por un lado, y el interés de la justicia internacional en la persecución de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, por otro.

En sus diferentes etapas de negociación, desde el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (1994) hasta el texto aprobado en Roma, el principio de complementariedad se concibió como una pieza clave para la operatividad de la Corte.⁵⁶ El texto del actual artículo 17 del ER se refiere a

⁵⁵ Cfr. Williams, Sharon, "Article 17. Issues of admissibility", en Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 384; El Zeidy, Mohamed, "The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law", *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2002, p. 889.

⁵⁶ Cfr. Leanza, Umberto, "The Rome Conference on the Establishment of International Criminal Court: A fundamental step in the Strengthening of International Criminal Law", en Lattanzi, Flavia & Schabas, William (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Sirente, 1999, vols. I y II, pp. 7-20; Bassiouni, M. Cherif, *The Legislative History of the International Criminal Court. Introduction, Analysis, and*

las “cuestiones de admisibilidad” que habrán de valorar el fiscal y la salas de la Corte.

En este sentido, como señala Mohamed El Zeidy, existen cuatro preguntas que deben responderse al analizar la admisibilidad de un asunto. Primero, si el caso está siendo investigado por un Estado con jurisdicción sobre el mismo (aquí la cuestión nos remite al tipo de jurisdicción que el Estado alega tener sobre el caso: territorial, personal pasiva o activa, universal). Segundo, si el Estado ha investigado los hechos y ha concluido que no existen bases para el ejercicio de la acción penal. Tercero, si la persona ha sido, en efecto, condenada por tales hechos. Y cuarto, si el caso es de la suficiente gravedad para que amerite la actuación de la CPI.⁵⁷ Tales cuestiones, si bien parecen simples, pueden resultar en la práctica bastante complejas. El artículo 17 del ER establece las herramientas necesarias para que tanto el fiscal como las Salas de la Corte determinen la admisibilidad del caso. La cuestión fundamental a examinar es si existe la voluntad y la capacidad del Estado para investigar y juzgar los hechos. Si es así la Corte deberá declarar la inadmisibilidad del asunto y referirlo a los tribunales locales. La carga de la prueba respecto de la inexistencia de tales condiciones recae en el fiscal de la CPI.

Así, el primer párrafo del artículo 17 del ER recuerda el carácter complementario de la jurisdicción penal internacional respecto de los tribunales penales nacionales a que se refiere el párrafo 10 del Preámbulo y artículo 1o. del ER, y señala que la CPI “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;

Integrated Text of the Statute, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, vol. 1, Transnational Publishers, 2005, pp. 31 y ss.; Holmes, J., “The Principle of Complementarity”, *cit.*, nota 42; Williams, Sharon, pp. 385 y ss.; El Zeidy, Mohamed, *op. cit.*, nota 55, pp. 894 y ss.

⁵⁷ El Zeidy, Mohamed, *op. cit.*, nota 55, p. 898.

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

Los dos primeros apartados se refieren a la no disposición o incapacidad de las autoridades nacionales en la investigación o enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte. En el primer supuesto, cuando la investigación se está llevando a cabo y, en el segundo, cuando ya se ha realizado y se ha decidido el no ejercicio de la acción penal. El tercer supuesto se refiere a la aplicación del principio *ne bis in idem*, a que se refiere el artículo 20 del Estatuto, y que será objeto de reflexión más adelante. El cuarto y último supuesto se refieren al margen de apreciación que tiene la Corte para valorar en cada caso la gravedad del asunto. Considerando el principio de complementariedad, este último precepto deja en manos de los tribunales nacionales aquellos casos que no crucen el umbral de gravedad requerido por el Estatuto, en congruencia con lo establecido en los párrafos 3 y 4 del Preámbulo, y en sus artículos 1o. y 5o.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 17 del ER establece los criterios que deberá valorar la CPI para efecto de determinar “si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado”. Para ello, la Corte examinará, “teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional”, si se dan una o varias de las siguientes circunstancias:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya 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, según lo dispuesto en el artículo 5o.;
- b) Que 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;
- c) Que 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.

Estos apartados establecen tres principales consideraciones: el propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal; la existencia de una “demora injustificada” que ha de ser “incompatible” con la intención de llevar el enjuiciamiento, y que el proceso no sea conducido de forma inde-

pendiente o imparcial. Tales criterios han de considerarse exhaustivos.⁵⁸ Todos ellos suponen la apariencia por parte del Estado y lo jueces nacionales de llevar a cabo un procedimiento de conformidad con los estándares internacionales, pero cuyo objetivo último no corresponde con el deber de justicia penal exigido por el derecho internacional. Por tanto, esta disposición permite a la Corte correr el “velo” de falsedad de los procedimientos y proceder al enjuiciamiento en sede internacional debido a la no disposición del Estado y sus operadores para hacerlo. Finalmente, el párrafo tercero del artículo 17 establece:

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, 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.

Este último apartado señala los criterios a considerar al momento de valorar la capacidad o incapacidad de un Estado para llevar a cabo la investigación y el enjuiciamiento correspondiente. Al respecto, la Corte deberá considerar si existe un “colapso total o sustancial” del sistema nacional de administración de justicia, o incluso su inexistencia que impida al Estado hacer comparecer al acusado o recabar las pruebas y testimonios necesarios para el proceso. Ha diferencia del párrafo segundo, aquí se deja abierta a la Corte la posibilidad de considerar “otras razones” que impidan al Estado realizar el juicio.

Ahora bien, la carga de la prueba respecto de la no disposición o incapacidad del Estado para investigar y enjuiciar los crímenes de la competencia de la CPI recae en el Fiscal.⁵⁹ Ello requerirá de muchos recursos (humanos, financieros, materiales) por parte de la Fiscalía y su personal, y es aquí también donde la concurrencia entre DIDH y DPI adquiere importancia, pues si bien estos criterios son autónomos y, en tanto parte del Estatuto, tienen primacía respecto de las otras fuentes del derecho aplicable (artículo 21 del ER), lo cierto es que los criterios desarrollados por la jurisprudencia internacional relativos a la interpretación de normas sobre el debido proceso, el plazo razonable, la independencia e imparcialidad de los tribunales

⁵⁸ Williams, Sharon, “Article 17. Issues of admissibility”, *cit.*, nota 55, p. 393.

⁵⁹ El Zeidy, Mohamed, *op. cit.*, nota 55, p. 899.

pueden resultar de gran utilidad e incluso de consulta obligada por la Corte, independientemente de su decisión respecto a su aplicación. Asimismo, para efecto de determinar la existencia de un colapso parcial o sustancial de los tribunales nacionales, los informes y recomendaciones de los órganos de control universales (como el Comité de Derechos Humanos) o regionales (como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), pueden ser de gran utilidad.

En última instancia, la CPI, como los demás tribunales internacionales, tiene la competencia de su competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) y será ella la que decida la admisibilidad de un asunto sobre la base del derecho aplicable. Lo importante aquí es distinguir aquellos aspectos relacionados con la jurisdicción, de aquellos relacionados con la admisibilidad. Mientras los primeros están regulados de forma precisa por el Estatuto y no dan margen de apreciación a la Corte, los criterios establecidos para efecto de valorar la admisibilidad de un asunto, sin bien definidos por el Estatuto en sus aspectos más generales, dejan un margen de apreciación a la Corte y al fiscal, que sólo la práctica irá definiendo.⁶⁰ Por ello es importante considerar aquellos criterios aportados por el DIDH y la jurisprudencia constante de los órganos de control de los tratados internacionales, así como por los tribunales regionales en materia de derechos humanos, en la medida en que resulten pertinentes, a efecto de cerrar el margen de discrecionalidad que pudiera en un momento dado limitar el alcance de la CPI en perjuicio de las víctimas y del propio interés de justicia de la comunidad internacional en la lucha contra la impunidad y el respeto al Estado de derecho.

La CPI sólo puede ejercer su jurisdicción cuando existe una falla en el ejercicio de la jurisdicción del Estado. Tal falla puede ser el resultado de una situación de impunidad, del quebrantamiento de las instituciones del Estado o la anarquía imperante en un momento determinado. Sin embargo, la CPI

⁶⁰ Las Reglas del Procedimiento y Prueba en la regla 51, relativa a la “Información presentada con arreglo al artículo 17” establecen que “La Corte, al examinar las cuestiones a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 17 y en el contexto de las circunstancias del caso, podrá tener en cuenta, entre otras cosas, la información que el Estado a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 17 ponga en su conocimiento mostrando que sus tribunales reúnen las normas y estándares internacionales reconocidos para el enjuiciamiento independiente e imparcial de una conducta similar o que el Estado ha confirmado por escrito al Fiscal que el caso se está investigando o ha dado lugar a un enjuiciamiento”. También aquí, los informes favorables de los órganos de vigilancia en materia de derechos humanos pueden ser de utilidad para el Estado interesado.

no va a determinar la responsabilidad internacional del Estado, sino la responsabilidad de los individuos, y por tanto el criterio de valoración es diferente. Sin embargo, existen ciertas circunstancias que tienen que ver con las obligaciones generales de los Estados en el marco del derecho internacional, tales como la adecuación del orden interno, que pueden influir al momento de determinar la no disposición o la incapacidad real para llevar a cabo la investigación y el enjuiciamiento. En este sentido, resulta pertinente preguntarse si la falta de adecuación del orden interno al derecho internacional, tanto respecto de los crímenes de la competencia de la Corte como de las debidas garantías del procedimiento, puede servir como base para determinar la incapacidad del Estado dentro de las “otras razones” a que se refiere el artículo 17.3 del Estatuto.⁶¹

Por ello, como apunta Paolo Benvenuto, si los Estados desean beneficiarse del principio de complementariedad han de adecuar la legislación interna, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, a efecto de estar en disposición de llevar a cabo juicios independientes e imparciales, dentro de un plazo razonable y siguiendo las garantías de un debido proceso.⁶² De hecho, como destaca Larry Charles Dembowski, una de las consecuencias más importantes del principio de complementariedad es la homogenización de las legislaciones penales internas y de los procedimientos nacionales entre los diferentes Estados. Esta tendencia, incluso, puede llegar a involucrar también a Estados no partes en el Estatuto, en tanto que también ellos se benefician del principio de complementariedad.⁶³

En definitiva, los Estados que no deseen verse en la situación de tener que ceder su jurisdicción a la CPI después de haber sido objeto de una evaluación que pudiera resultar “incómoda” para las autoridades nacionales

⁶¹ Por ejemplo, cuando los crímenes de la competencia de la Corte se consideran en el derecho interno como “delitos ordinarios” o “crímenes de derecho común” (*ordinary crimes*) para efecto de “trivializar” el crimen y dar la apariencia de cumplimiento del deber de justicia penal. Este aspecto fue previsto en los Estatutos de los tribunales *Ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda (artículos 10 (2) y 9o. (2) de su respectivo Estatuto), pero no se incluyó en el Estatuto de Roma. *Cfr.* Benzing, Markus, “The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity”, en A. von Bogdandy and R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, pp. 614-617.

⁶² Benvenuti, Paolo, *op. cit.*, nota 45, p. 45.

⁶³ Dembowski, Larry Charles, “The International Criminal Court: Complementarity and Its Consequences”, en Stromseth, Jane (ed.), *Accountability for Atrocities. National and International Responses*, Nueva York, Transnational Publishers, 2003, pp. 135-169.

deberán adecuar con oportunidad su legislación y sus prácticas internas tanto respecto de sus obligaciones de complementariedad como respecto de las obligaciones de cooperación impuestas por el Estatuto. Otra cuestión se presenta cuando es el propio Estado el que remite su propia situación a la Corte (como ya ha sucedido respecto de la República Democrática del Congo, Uganda y la República Centro Africana) renunciando a ejercer su jurisdicción. En estos supuestos la cuestión de la complementariedad opera de forma diferente, y puede entenderse que estamos en presencia de una de las “otras razones” a que se refiere el artículo 17.3 del Estatuto, para determinar la incapacidad real del Estado para llevar a cabo el enjuiciamiento.

Ahora bien, dentro del régimen de complementariedad del Estatuto es preciso referirse al principio *ne bis in idem* al que alude su artículo 17.1(c). El artículo dispone la inadmisibilidad de un asunto cuando 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 al principio de cosa juzgada que prohíbe el doble enjuiciamiento (*double jeopardy*) desarrollado en el artículo 20 del ER. Este último precepto señala:

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5o. por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Diferentes razones soportan la validez de este principio. Las más significativas buscan proteger, por un lado, los derechos de los individuos y, por el otro, los intereses de la administración de justicia. En este sentido, las

primeras se refieren a la seguridad jurídica que reposa en saber que una persona que ha sido juzgada y absuelta por la comisión de un delito no volverá a ser juzgada en la vía penal por el mismo crimen con base en los mismos hechos. Esta orientación inspira los principales instrumentos internacionales de derechos humanos que recogen el principio.⁶⁴ Existen también otras razones basadas en consideraciones prácticas de economía procesal que hacen innecesario volver a conocer un caso que ya ha sido materia de una sentencia anterior y, en última instancia, en el hecho de que todo procedimiento ha de concluir en algún momento.⁶⁵ El principio, sin embargo, no es absoluto, admite diferentes excepciones y no es aplicable en toda circunstancia y a toda jurisdicción de la misma forma. Así, por ejemplo, el principio no se aplica cuando existe sentencia condenatoria, pues cabe la revisión de la misma por hechos nuevos o nuevas revelaciones o cuando se comprueban vicios graves en el procedimiento.⁶⁶ El principio no opera de la misma forma en el ámbito interno que en el ámbito de las relaciones exteriores. Mientras la validez del principio no se cuestiona en el ámbito del derecho estatal respecto de sus propios tribunales, no sucede lo mismo en el ámbito de las relaciones interestatales o entre jurisdicciones nacionales e internacionales. Por ello se habla de una “perspectiva horizontal” cuando

⁶⁴ Entre otros instrumentos internacionales que establecen el principio *ne bis in idem* están: el artículo 14(7) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 4o. (3) del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos; el artículo 8o. (4) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cfr. Tallgren, Immi, “Article 20. *Neb is in idem*”, en Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers’ Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 420. Al respecto, la Resolución sobre “Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem*”, adoptada por el XVII Congreso Internacional de Derecho Penal durante su sesión realizada del 12 al 19 de septiembre de 2004 en Beijing, China, reconoce que “la prohibición de la doble persecución por un mismo hecho expresada en el principio de “*ne bis in idem*” constituye una exigencia de justicia, de seguridad jurídica, de proporcionalidad, así como de respeto de la autoridad de las decisiones judiciales”. Cfr. *Revue Internationale de Droit Penal*, año 75, nueva serie, 3o. y 4o. semestre, 2004, pp. 823-829. En México no se hace distinción entre absolución o condena par la aplicación del principio *ne bis in idem*. La Constitución mexicana en su artículo 23 establece que “Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”.

⁶⁵ Cfr. Van Den Wyngaert, Christine & Ongena, Tom, “*Ne bis in idem* Principle, Including the Issue of Amnesty”, en Cassese, A.; Gaeta, P.; Jones, J. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, vol. II, p. 707.

⁶⁶ Cfr. García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, cit., nota 1, p. 214.

la aplicación del principio involucra dos o más jurisdicciones entre Estados y una “perspectiva vertical” cuando se involucra una jurisdicción estatal y una internacional.⁶⁷

El principio *ne bis in idem* desde la “perspectiva vertical” también adopta diferentes modalidades dependiendo la dirección descendente (de arriba abajo o *downward ne bis in idem*) o ascendente (De abajo arriba o *upward ne bis in idem*) en que se aplique. En ambos supuestos se está en presencia de un problema de jurisdicción concurrente respecto de los crímenes de la competencia de la jurisdicción internacional. En este sentido, el *idem*, esto es, el objeto de los procedimientos concurrentes, se refiere por su gravedad al crimen y no propiamente a la conducta o a los hechos,⁶⁸ aunque en el caso de “aplicación ascendente” del principio, esto es cuando los tribunales nacionales han juzgado de conformidad con los estándares internacionales a una persona por determinados hechos constitutivos de uno de los crímenes de la competencia de la CPI (por ejemplo, crímenes de guerra), el tribunal internacional no podrá volver a conocer del asunto calificando tales hechos de manera distinta (por ejemplo, genocidio o crímenes contra la humanidad).

El reconocimiento del principio *ne bis in idem* en ambas “direcciones” ha sido redactado de diferente forma en los estatutos de los tribunales *ad hoc*⁶⁹ y en el ER. La diferencia más significativa es la exclusión en el ER, respecto

⁶⁷ Al respecto, véase la resolución sobre “Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio «*ne bis in idem*»”, adoptada por el XVII Congreso Internacional de Derecho Penal en Beijing (2004).

⁶⁸ Van Den Wyngaert, Christine & Ongena, Tom, *op. cit.*, nota 65, p. 718.

⁶⁹ El Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia establece en su artículo 10 el principio del *non bis in idem*, y señala: “1. Nadie puede ser convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constituyentes de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el sentido entendido en el presente Estatuto si ya ha sido juzgado por esos mismos hechos por el Tribunal Internacional. 2. Quienquiera haya sido convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constitutivos de graves violaciones del derecho internacional humanitario no puede ser subsecuentemente llevado ante el Tribunal Internacional, excepto si: a) El hecho por el cual ha sido juzgado estaba calificado como crimen de derecho común; ó b) La jurisdicción nacional no ha resuelto de forma imparcial o independiente; la finalidad de los procedimientos llevados a cabo ante ella era sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional; o las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente, 3. Para decidir la pena a imponer a una persona condenada por un crimen contemplado en el presente Estatuto, el Tribunal Internacional debe tener en cuenta la pena que dicha persona haya podido cumplir ya por el mismo hecho, y que le haya sido impuesta por una jurisdicción nacional”. El principio se reconoce prácticamente en los mismos términos en el artículo 9o. del Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda.

de la aplicación del principio en sentido ascendente, de la consideración como “crimen de derecho común” por los tribunales nacionales de un crimen de la competencia de la jurisdicción internacional. Así, el párrafo 2 del artículo 10 del Estatuto de la Corte Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (artículo 9o. en el caso del Tribunal para Ruanda) señala que nadie que haya sido juzgado por un tribunal nacional podrá ser juzgado posteriormente por la instancia internacional a menos que el hecho por el cual ha sido juzgado estuviera calificado como crimen de derecho común. Ello significa, por ejemplo, que una persona que ha sido juzgada por un tribunal nacional por homicidio puede ser juzgado con base en los mismos hechos por genocidio ante los tribunales *ad hoc*. Mientras que, si el juicio nacional fue por un crimen internacional de la competencia de los tribunales *ad hoc*, la persona no podrá ser juzgada nuevamente por tales tribunales.

El principio *ne bis in idem* establecido en el artículo 20 del Estatuto debe leerse conjuntamente con el artículo 17 en el marco de las cuestiones de admisibilidad y como expresión del principio de complementariedad. El artículo 20 tiene tres párrafos; el primero se refiere a los efectos de la cosa juzgada respecto de los propios fallos de la Corte y los dos restantes se refieren a las relaciones entre “otros tribunales” y la CPI (*ne bis in idem* en sentido ascendente y descendente).

Como señala Sergio García Ramírez, la norma general contemplada en dicho artículo abarca el principio de *ne bis in idem* absoluto, por una parte y el relativo o condicionado, por la otra.⁷⁰ Así, el principio opera en términos absolutos respecto de la propia Corte y de otros tribunales; por tanto, si la CPI ya conoció y condenó o absolvió, no puede volver a procesar a la misma persona. Lo mismo ocurre respecto de otros tribunales, cuando la CPI ya conoció y condenó o absolvió, ninguno de ellos puede procesar de nuevo.

Así, en virtud del primer párrafo del artículo 20, una persona que haya sido condenada o absuelta por la Corte no podrá ser nuevamente juzgada por ella misma. Aquí, el principio se aplica respecto a la misma jurisdicción, tal como se reconoce también en el DIDH. Esta protección conside-

⁷⁰ Como lo recuerda el profesor García Ramírez, el principio de *ne bis in idem* o cosa juzgada, formulado en términos absolutos, también es aplicable tratándose de los delitos contra la administración de justicia; tal como lo dispone la regla 168 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, al señalar: “Con respecto a los delitos indicados en el artículo 70 del Estatuto, ninguna persona será sometida a juicio ante la Corte por una conducta que haya constituido la base de un delito por el que ya haya sido condenada o absuelta por la Corte o por otro tribunal”. *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 1, p. 90.

rada como “absoluta”, aplicable sólo respecto de las decisiones de fondo,⁷¹ admite, sin embargo, las “restricciones” o “excepciones” propias del principio, tal como el mismo párrafo primero señala, en especial respecto de la apelación o revisión del fallo condenatorio o absolutorio, o de la pena (artículos 81 y 84 del ER y capítulo 8 de las RPP).⁷² Ahora bien, el párrafo primero se refiere a las “conductas constitutivas de crímenes” como base del principio *ne bis in idem*. En este sentido, la noción de “conducta” y “crimen” para efecto de la aplicación del principio, coinciden en tanto la jurisdicción de la Corte *ratione materiae* está restringida a los crímenes señalados en el artículo 5o. del ER. En consecuencia, no podrá volverse a juzgar una conducta sobre la misma evidencia aunque la clasificación del tipo penal sea diferente. Esto es, que alguien que fue juzgado por genocidio no puede ser juzgado nuevamente por CPI sobre la misma evidencia ahora por crímenes contra la humanidad.

El párrafo segundo también contempla la aplicación absoluta del principio respecto de “otros tribunales” (nacionales o internacionales) que no podrán conocer de un asunto que ha sido resuelto por la CPI ya sea mediante sentencia condenatoria o absolutoria, respecto de los crímenes establecidos en el artículo 5o. del ER (v. gr. genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y en su momento agresión).

El tercer párrafo es la parte más complicada y controvertida del artículo 20 del Estatuto.⁷³ En él se regula el *ne bis in idem* relativo o condicionado; es aquí donde el principio de complementariedad cobra una presencia más fuerte en tanto se refiere ya no a los procedimientos que se encuentran en trámite ante los tribunales nacionales, sino a aquellos juicios nacionales ya

⁷¹ El principio no se aplica respecto de otras decisiones de la Corte relativas a la admisibilidad, a la determinación de no inicio de una investigación, al retiro del caso, a la no confirmación de los cargos, a la modificación del cargo, etcétera. Al respecto véanse los artículos 15.6, 18.3, 53.4, 61.7(c)(ii), y 61.8 del ER.

⁷² Aunque respecto de la apelación no estamos propiamente frente a un doble enjuiciamiento, o al menos no lo estamos desde la perspectiva del sistema de derecho penal continental o del *civil law* que considera como definitivo un fallo una vez que se han agotado los recursos ordinarios, incluido el de apelación. En algunos sistemas del *common law* la sentencia absolutoria se considera definitiva y el fiscal no tiene derecho a apelar, con base en la doctrina del *abuse of process*, por lo que el derecho a apelar del fiscal sería contrario, en esos sistemas, al principio de *ne bis in idem*. Cfr. Van Den Wyngaert, Christine & Ongena, Tom, *op. cit.*, nota 56, pp. 710 y 711.

⁷³ Cfr. Tallgren, Immi, *op. cit.*, nota 64, p. 429; El Zeidy, Mohamed, *op. cit.*, nota 55, p. 932.

concluidos y a la facultad de la CPI para revisar, en cierta manera, la “validez” de los mismos en los términos del propio Estatuto. Aquí se asoma, de alguna forma, la “primacía material” de la CPI dentro del régimen de complementariedad respecto de los tribunales nacionales en tanto a ella corresponde la última palabra sobre la admisibilidad o no de un asunto. En este aspecto, conforme a su naturaleza de tribunal internacional, la CPI es maestra de su propia competencia. Es aquí donde se encuentra la razón de ser del Estatuto y de la propia Corte, donde el principio de complementariedad adquiere pleno significado: ahí donde la justicia nacional falla es el momento de actuar de la justicia internacional representada en la CPI.

Como se ha expresado ya, el texto del párrafo tercero establece que la Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por “otro tribunal” (nacional o internacional) en razón de algún “hecho” o “conducta” prohibida por los artículos 6o., 7o. u 8o. del ER, a menos que el procedimiento seguido ante ese “otro tribunal”: a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; b) no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional; o c) lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

El texto reconoce la validez de *ne bis in idem* en sentido vertical ascendente, pero condicionado a que los procedimientos nacionales se hayan ceñido cabalmente a los estándares internacionales sobre debido proceso (lo que supone el cumplimiento del deber de justicia penal). Si los procedimientos fueron irregulares o falsos *sham trials* se aplica la excepción del principio, y la CPI podrá conocer del asunto.

Respecto a la compatibilidad de los procedimientos con las normas sobre debido proceso reconocidas por el derecho internacional, la CPI goza de un amplio margen de apreciación donde sin duda habrá de considerar los criterios desarrollados por la jurisprudencia internacional en la aplicación del *corpus* del DIDH, en especial aquellos relacionados con juicios seguidos por tribunales militares que pueden resultar incompatibles con las normas sobre debido proceso. Además, el proceso puede haberse desarrollado de alguna otra manera “incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”, y en este sentido existe un amplio margen para que el fiscal y la CPI puedan valorar los procedimientos de

amnistía,⁷⁴ aunque técnicamente, para efecto del artículo 20, tales procedimientos desarrollados antes de realizarse cualquier proceso no entran dentro de la categoría de juicios, y por tanto no les resulta aplicable el principio *ne bis in idem*.⁷⁵

El problema reside en aquellos casos en que los procedimientos de amnistía, perdón, indulto o conmutación de pena son aplicados posteriormente a dictarse una sentencia por los tribunales internos. El Estatuto es omiso al respecto.⁷⁶ Asimismo, diferente problema plantean aquellos procesos de recon-

⁷⁴ A resolver este tipo de cuestiones puede contribuir positivamente la jurisprudencia constante de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos, que han considerado incompatibles con los estándares internacionales las leyes de autoamnistías o “amnistías de facto”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas, por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho internacional de los Derechos Humanos”. Corte IDH, *Caso Barrios Altos*, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, núm. 75, párrafo 41. Sobre el tema véase, entre otros: Corcuera Cabezut, Santiago, “El principio de subsidiariedad de la competencia de la Corte Penal Internacional”, en Guevara, J. y Valdés, M. (comps.), *La Corte Penal Internacional. Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto*, México, Universidad Iberoamericana-SER, 2002, pp. 104 y ss.

⁷⁵ En estos casos, tales procedimientos de amnistía pueden ser evidencia *prima facie* de falta de disposición para investigar y enjuiciar a los responsables y por tanto se aplicaría alguno de los supuestos del artículo 17.1 (a) o (b), distintos al principio *ne bis in idem*, contemplado en el inciso (c) de ese mismo numeral. *Cfr.* El Zeidy, Mohamed, *op. cit.*, nota 55, pp. 940 y ss.

⁷⁶ En general, el ER es omiso respecto al tema de las amnistías, perdones e indultos y no prohíbe tal práctica. Durante la Conferencia de Roma fue clara la intención de muchas delegaciones de excluir el tema del Estatuto. Algunas delegaciones consideraban que la Corte no debía interferir en los procesos internos de reconciliación y transición política; otras por el contrario, consideraban necesario que la Corte tuviera un amplio margen para valorar tales situaciones; en consecuencia, no hubo un acuerdo al respecto y no se incluyó ninguna referencia en la redacción final del instrumento. *Cfr.* El Zeidy, Mohamed, *op. cit.*, nota 55, pp. 941 y 942. Este autor señala la especial problemática respecto de los perdones e indultos posteriores al juicio en las cortes nacionales. Sobre el particular, la opinión de la doctrina no es coincidente y mientras algunos consideran que tales situaciones impiden el ejercicio de la competencia de la CPI, otros estiman que cuando esto sucede inmediatamente después del juicio puede considerarse este último como ilegítimo *not genuine* y falso y por tanto abrir la puerta de la competencia de la Corte. En todo caso, la respuesta, como sugiere El Zeidy, puede encontrarse en la naturaleza misma de los crímenes de la competencia de la Corte, cuya gravedad supone que las normas que

ciliación nacional que involucran procedimientos de amnistía conjuntamente con el establecimiento de comisiones de verdad y reconciliación como parte de una política encaminada a restaurar la paz y la reconciliación durante periodos de transición. La respuesta a estos casos, sin embargo, no se encuentra necesariamente en el artículo 20, sino que puede situarse en el contexto de aplicación del artículo 53.1(c) del ER, que obliga al fiscal a considerar, al momento de valorar el inicio de una investigación sobre una determinada situación, entre otras cuestiones, si 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”.⁷⁷ Este último criterio, sin embargo, reposa sobre un concepto indeterminado “interés de la justicia”, que ha de aclararse en la práctica jurisprudencial y que, en su aplicación, la Fiscalía deberá considerar no sólo el propósito central de la CPI, claramente expresado en el preámbulo del ER (párrafos 4 y 5), de luchar contra la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto para que éstos no queden sin castigo, y para poner fin a su, contribuyendo así a la prevención de nuevos crímenes, sino también deberán considerarse los intereses de las víctimas.⁷⁸

los prohíben tienen una naturaleza de *ius cogens*, y por tanto no aceptarían ningún tipo de excepción que suponga dejar sin castigo a los responsables de tales crímenes considerados *delicti jus gentium*. De cualquier forma, habrá que esperar la solución que al respecto formule la propia Corte.

⁷⁷ Cfr. Van Den Wyngaert, Christine & Ongena, Tom, *op. cit.*, nota 65, p. 727; Olásolo, Héctor, *op. cit.*, nota 36, p. 64. Este último autor estima que para reducir el riesgo de impunidad causado por indultos posteriores a la emisión de una sentencia nacional lo mejor sería establecer claramente en el ER la obligación inequívoca de las jurisdicciones nacionales de ejecutar y cumplir cabalmente las condenas firmes dictadas por ellas contra los responsables de un crimen de la competencia de la Corte, así como el establecimiento de sanciones para el caso de incumplimiento similar al previsto en el artículo 112.8 del Estatuto para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de financiación de la CPI.

⁷⁸ Sobre el concepto “interés de la justicia” véanse los documentos presentados a la Fiscalía para su consideración, entre otros, por Amnistía Internacional, “Open Letter to the Chief Prosecutor of the International Criminal Court: Comments on the concept of the interests of justice” (AI Index: IOR 40/023/2005) y Human Rights Watch, “The Meaning of ‘interests of justice’ in article 53 of the Rome Statute”, ambos disponibles en www.iccnw.org.

2. *Aspectos procesales del principio de complementariedad: decisiones preliminares (artículo 18) e impugnación de la admisibilidad (artículo 19)*

Los aspectos procesales del régimen de complementariedad se expresan principalmente en dos procedimientos distintos, establecidos, respectivamente, en los artículos 18 y 19 del Estatuto. El artículo 18, denominado “Decisiones preliminares relativas a la admisibilidad”, es un procedimiento prejudicial, que forma parte del más amplio “Procedimiento de activación” (*triggering procedure*) que tiene por objeto la determinación de los ámbitos personal, territorial y temporal que definen las “situaciones” de crisis con respecto a las cuales la CPI ejercerá su jurisdicción.⁷⁹ El artículo 19 se refiere a la impugnación de la competencia de la Corte y de la admisibilidad de una causa. Ambas disposiciones establecen la forma en que opera el principio de complementariedad y regulan los momentos en que un Estado que desee beneficiarse del principio deberá oponerse al ejercicio de la jurisdicción internacional. Como lo considera Héctor Olásolo, para comprender la forma en que opera el principio de complementariedad es preciso distinguir entre “situaciones” de crisis y “casos” como objeto de las distintas actuaciones de la CPI, así como entre los diferentes procedimientos (*vg.* procedimientos de activación, procedimientos penales y procedimientos civiles de reparación) que establece el ER.

De conformidad con el principio de complementariedad, el análisis de admisibilidad se dirige a resolver cuestiones de concurrencia de jurisdicciones entre la CPI y las jurisdicciones nacionales. Tal concurrencia de jurisdicciones sobre los crímenes de la competencia de la CPI se resuelve con base en los criterios previstos en los artículos 17 y 20. Tales criterios, sin embargo, se aplican en diferentes escenarios dependiendo que se trate de “situaciones” de crisis o de “casos”. El artículo 18 está encaminado a resolver cuestiones relacionadas con determinada “situación”, mientras el artículo 19 se refiere principalmente a la impugnación de decisiones sobre “casos”.

El ER emplea la expresión “situación” en sus artículos 13(a) y (b), 14.1, 15.5 y 6o., 18.1 y 19.3. Esta expresión se refiere a situaciones excepcionales, que no estructurales, que rompen el devenir normal de los acontecimientos (por ejemplo, conflictos armados, graves violaciones al derecho humanita-

⁷⁹ Olásolo, H., *op. cit.*, nota 36, p. 50.

rio, violaciones sistemáticas de derechos humanos, contexto de destrucción parcial o total de un grupo, etcétera) que se definen a través de parámetros personales, temporales y territoriales. Tales “situaciones” se distinguen de las expresiones “casos”, “asuntos” o “causas” (empleadas, entre otros, en los artículos 15.4, 17.1 y 2, 19.1 y 2o., y 53.1 (b) del ER), que hacen referencia a hechos concretos aparentemente constitutivos de uno o más de los crímenes de la competencia de la CPI y presuntamente cometidos por personas identificadas.

En este sentido, si bien los artículos 5o., 11 y 12 del ER atribuyen a la CPI una amplia jurisdicción personal, temporal y territorial, ésta se encuentra desactivada (jurisdicción en abstracto, en palabras de Héctor Olásolo) y sólo se activa con respecto a una determinada “situación” de crisis a través del procedimiento de activación (jurisdicción en concreto). Una vez que la jurisdicción abstracta de la CPI es activada con respecto a una determinada situación de crisis, el fiscal abrirá, de oficio o a instancia de parte, procesos penales contra determinados individuos por la comisión de determinados crímenes dentro de la situación de crisis para la cual se ha activado la jurisdicción abstracta de la CPI. Procedimientos penales que se formalizan mediante la emisión por la Sala de Cuestiones Preliminares, a instancia del fiscal, de una orden de comparecencia o de arresto (artículo 58 ER) en los términos de los artículos 19, 53.2 y 54 y siguientes del ER.

Por lo tanto, mientras el procedimiento de activación tiene por objeto pretensiones de activación referidas a «situaciones» de crisis, y por partes a la Fiscalía, a los Estados afectados y, en su caso, al Consejo de Seguridad y al Estado Parte que ejerció la acción de activación, el proceso penal ante la CPI tiene por objeto pretensiones punitivas a las que el ER se refiere utilizando los términos «casos», «causa» o «asunto», y por partes a la Fiscalía y a las personas investigadas y enjuiciadas.⁸⁰

Para que la jurisdicción abstracta de la Corte se “concretice” es preciso que concurren los siguientes requisitos: *a)* la existencia de un “fundamento razonable” para creer que los ámbitos personal, territorial y temporal que definen una determinada “situación” de crisis coinciden con los parámetros personales, temporales y territoriales de la jurisdicción abstracta de la CPI; *b)* la existencia de “fundamento razonable” para creer que los elemen-

⁸⁰ *Cfr.* Olásolo, Héctor, *op. cit.*, nota 36, p. 51.

tos contextuales de los crímenes de la competencia de la Corte (artículos 7.1 y 8.1 del ER y en los elementos 6(a)(4), 6(b)(4), 6(c)(4), 6(d)(4) y 6(e)(4)) han tenido lugar en dicha situación de crisis; *c*) la no apertura por parte de los Estados afectados de investigaciones o enjuiciamientos de los hechos que dan lugar a los elementos contextuales de los crímenes de la competencia de la CPI que presuntamente se han cometido en la situación de crisis, o la falta de voluntad o incapacidad de las autoridades estatales que han iniciado, o que han completado tales investigaciones o enjuiciamientos para realmente llevarlos a cabo (artículo 17); *d*) la ausencia de un requerimiento de suspensión de procedimiento por parte del Consejo de Seguridad, de conformidad con el artículo 16 del ER en relación con dicha situación; *e*) la suficiente gravedad de los crímenes que se alega se han cometido en la situación de crisis, y *f*) la inexistencia de circunstancias que, de acuerdo con los criterios generales para el ejercicio por la Fiscalía de su discrecionalidad no reglada, aconsejen la no activación de la jurisdicción de la CPI a pesar de la gravedad de los crímenes, los intereses de las víctimas y los de la justicia (artículos 17.1(d) y 53.1(c)).⁸¹ Las decisiones del fiscal pueden ser objeto de impugnación y son independientes de las consideraciones que haga la CPI sobre la admisibilidad de un caso.⁸²

⁸¹ Olásolo, Héctor, “The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of the Office of the Prosecutor”, *International Criminal Review* 5, 2005, p. 124, y “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, *cit.*, nota 36, p. 57.

⁸² Los anteriores criterios difieren en grado de aquellos otros establecidos para el tratamiento de un “caso”. Éstos requieren un mayor detalle, información más precisa y un nivel de escrutinio mayor. En este sentido, como lo recuerda Olásolo, una vez que la jurisdicción abstracta de la CPI ha sido activada con respecto a determinada “situación” de crisis, la Fiscalía tiene la obligación de proceder (conforme a los artículos 54 y ss.) a la investigación exhaustiva de los crímenes cometidos en la misma. En cualquier momento posterior a la activación de la jurisdicción de la CPI respecto de una determinada situación, la Fiscalía puede solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares que dicte una orden de arresto o comparecencia contra alguno de los sospechosos si considera que: *a*) existe motivo razonable para creer que la persona de que se trate ha cometido un crimen de la competencia de la CPI; *b*) los crímenes que se alega han sido cometidos entran dentro del ámbito personal, temporal o territorial que define la situación de crisis sobre la cual la Corte ha activado su jurisdicción; *c*) los Estados afectados no han iniciado investigaciones, y en su caso enjuiciamientos, de tales crímenes respecto a dicha persona, o no están dispuestos o no son capaces de realmente llevarlos a cabo; *d*) el Consejo de Seguridad no ha solicitado la inhibición de la CPI, en los términos del artículo 16 del ER, respecto del inicio formal de un procedimiento contra la persona determinada; *e*) los crímenes que se alega han sido cometidos por la persona de que se trate con de la gravedad requerida para

Respecto de los procedimientos, el ER establece tres diferentes tipos: el procedimiento de activación (artículos 13, 14, 15, 18 y 53.1, 3 y 4, ER); el proceso penal (artículos 54-74, 76-78, 80-84, 103-108 y 110-11, ER); y el procedimiento civil (artículos 57.3 (e), 75, 79, 85 y 109, ER). A su vez, estos tres procedimientos establecen siete diferentes modalidades: tres tipos diferentes del procedimiento de activación, ya sea que lo inicie el Consejo de Seguridad, un Estado parte o el fiscal conforme al artículo 15.1 del Estatuto; dos diferentes procesos penales aplicables respectivamente a los crímenes establecidos en los artículos 50.-80. (crímenes de la competencia de la Corte), y 70-71 (delitos y faltas contra la administración de justicia); y dos procedimientos de carácter civil conforme a los artículos 75 (reparación a las víctimas) y 85 (indemnización del detenido o condenado). Como considera Héctor Olásolo, el procedimiento de activación es un procedimiento autónomo, y por tanto, su objeto, partes y procedimientos son claramente distintos del resto de los procedimientos penales y civiles establecidos en el Estatuto.⁸³

El procedimiento de activación (del cual forma parte el artículo 18 del ER) inicia con la remisión de una situación a la Corte. De conformidad con el artículo 13 del ER, la Corte podrá ejercer su competencia si: *a)* Un Estado parte remite al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; *b)* el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes, o *c)* el fiscal ha iniciado de oficio una investigación respecto de un crimen de la competencia de la Corte.

El procedimiento de activación varía dependiendo quien lo inicia. Así, el Consejo de Seguridad, un Estado parte o la Fiscalía pueden actuar como

el ejercicio de la competencia de la CPI, y *f)* no existe circunstancia que permita al fiscal ejercer su discrecionalidad no reglada para que, a pesar de la gravedad de los crímenes, los intereses de las víctimas y los intereses de la justicia, no emita una orden de arresto o comparecencia. Además del análisis que haga el Fiscal sobre determinada situación o caso, las Salas de Cuestiones Preliminares y de Primera Instancia pueden en cualquier momento examinar *motu proprio* o a solicitud de la Fiscalía la admisibilidad de un “caso” (artículo 19.1, ER). Las decisiones sobre la admisibilidad de un caso pueden ser impugnadas, lo mismo que las decisiones que autorizan el inicio de una investigación en determinada situación. *Cfr.* Olásolo, Héctor, *op. cit.*, nota 36, p. 58.

⁸³ *Cfr.* Olásolo, Héctor, *op. cit.*, nota 81, pp. 121-146. Del mismo autor: *Corte Penal Internacional: ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

peticionarios, mientras que el Estado afectado (sea parte del ER o no) puede oponerse al requerimiento de activación (artículo 18.2, ER). Salvo en los casos de remisión por el Consejo de Seguridad, donde se sigue el procedimiento sumario previsto en los artículos 13(b), 53.1,3 y 4o. del ER y, por su propia naturaleza, no admite oposiciones, en los otros dos supuestos el procedimiento sigue un sinuoso sendero, principalmente cuando el fiscal es el petionario, donde es posible que existan dos decisiones sobre la admisibilidad de la Sala de Cuestiones Preliminares (artículos 15.4 y 18.2, ER) y otras dos de la Sala de Apelación (artículos 81.1(a) y 18.4, ER). El procedimiento es relativamente más sencillo cuando un Estado parte remite el asunto a la CPI (artículos 13(a), 14, 18 y 53.1, 3o. y 4o. ER). Ambos procedimientos constan de dos partes previstas, respectivamente, por los artículos 15 (cuando el fiscal inicia de oficio una investigación) y 18, relativo, como ya se dijo, a las “Decisiones preliminares relativas a la admisibilidad”.

En opinión de Héctor Olásolo, la expresión “preliminar” en el encabezado del artículo 18 se refiere a que la decisión de las Salas de Cuestiones Preliminares y de Apelación sobre la admisibilidad de la “situación” objeto de la pretensión de activación de la Fiscalía no producen efectos de cosa juzgada sobre la admisibilidad de un “caso”, “causa” o “asunto” que tiene como objeto hechos concretos cometidos en el seno de aquella “situación”, tal como se desprende del artículo 15.5 y 15.6. Tales decisiones sólo concluyen el procedimiento de activación respectivo. Asimismo, la expresión “preliminar” se refiere también a que el escrutinio de cada uno de los procesos abiertos por las jurisdicciones nacionales de los Estados afectados con respecto a los crímenes cometidos en determinada “situación” no puede ser tan detallado como cuando el análisis de admisibilidad se centra en un “caso” concreto. En consecuencia, “no siendo el grado de escrutinio el mismo, tampoco el nivel de información exigida para proceder a dicho escrutinio ha de ser idéntico”.⁸⁴

De esta forma, el artículo 18 del ER establece un eslabón adicional en la cadena de complementariedad previo a la identificación concreta de un “caso”. El artículo 18 puede concebirse como un diálogo entre la Fiscalía y el Estado afectado, un diálogo que en el fondo está determinado por los intereses de las partes en el procedimiento y que en última instancia puede convertirse en una disputa abierta que las Salas de la Corte habrán que re-

⁸⁴ Olásolo, H., *op. cit.*, nota 36, p. 55.

resolver.⁸⁵ En cualquier supuesto estamos ante un procedimiento complejo que involucra a los Estados, a la Fiscalía y a las Salas de la Corte en un entramado mecanismo con numerosas actuaciones y notificaciones.

En su origen, el diálogo busca resolver cualquier problema relacionado con la existencia de investigaciones concurrentes y garantizar la primacía de las jurisdicciones nacionales en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la CPI cuando éstas existan, estén dispuestas y sean capaces para hacerlo. El artículo 18.1 del ER dispone que cuando se haya remitido a la Corte una situación por un Estado parte y el fiscal haya determinado que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación, o inicie una investigación de oficio, éste deberá notificar “a todos los Estados Partes y a todos aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate”. Tal obligación no se aplica en caso de remisión de una situación por parte del Consejo de Seguridad.

El fiscal deberá notificar a los Estados interesados a la brevedad posible tan pronto como inicie una investigación, si se trata de una remisión por un Estado una vez que “haya determinado que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación”; en caso de que la información provenga de otra fuente tan pronto como el fiscal obtenga la autorización para iniciar la investigación (artículo 15.4, ER) o inmediatamente después de que lo ordene la Sala de Cuestiones Preliminares si, después de haberla revisado de oficio, no confirmara la decisión del fiscal de no investigar sobre la base de que la investigación no redundaría en interés de la justicia.⁸⁶ En cualquier caso, la Fiscalía podrá hacer la notificación a esos Estados con carácter confidencial y, cuando lo considere necesario a fin de proteger personas, impedir la destrucción de pruebas o impedir la fuga de personas, y podrá limitar el alcance de la información proporcionada a los Estados.

⁸⁵ *Cfr.* Holmes, J., “Complementarity: National Courts versus the ICC”, pp. 681 y 682.

⁸⁶ Al respecto, la regla 110 de las RPP establece que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de confirmar o no una decisión adoptada por el fiscal exclusivamente en virtud de los párrafos 1 c) o 2 c) del artículo 53 deberá ser adoptada por la mayoría de los magistrados que la componen e indicar sus razones. La decisión será comunicada a quienes hayan participado en la revisión. Asimismo, se señala que cuando la Sala de Cuestiones Preliminares no confirme la decisión del fiscal, éste deberá iniciar una investigación o proceder al enjuiciamiento. *Cfr.* Turone, Giuliano, “Powers and Rutes of the Prosecutor”, en Cassese, A. *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, vol. II, p. 1162.

Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado interesado deberá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes de la competencia de la Corte y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. Conforme a las Reglas de Procedimiento y Prueba (regla 52.2), el Estado podrá solicitar del fiscal información adicional, la cual será respondida de manera expedita sin que ello modifique el plazo de un mes otorgado a los Estados para su respuesta.

Con esta primera notificación y sus posibles comunicaciones respecto a la investigación de determinada situación, el primer diálogo se ha consumado. Corresponde ahora el uso de la palabra al Estado afectado, el cual podrá pedir la inhibición de la Fiscalía respecto de su investigación. El Estado deberá solicitar la inhibición por escrito y deberá también presentar a la Fiscalía información suficiente relativa a la investigación que esté realizando. El fiscal podrá solicitar al Estado información adicional (regla 53, RPP) y con base en ello se inhibirá de su competencia en la investigación a favor del Estado. Este deber de remisión consagrado en el artículo 18 expresa plenamente el carácter complementario de la CPI, y la Fiscalía deberá cumplirlo salvo que decida abandonar el diálogo e iniciar el litigio.

Si la Fiscalía opta por esta segunda opción, podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que, pese a la solicitud de inhibición del Estado, autorice la investigación, y será la Sala la que decida al respecto, considerando los criterios establecidos para la admisibilidad en el artículo 17 del ER sobre la no disponibilidad o incapacidad de los tribunales nacionales para llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento (regla 55.2, RPP). En cualquier caso, tanto el Fiscal como el Estado podrán apelar ante la Sala de Apelaciones de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, apelación que se sustanciará de forma sumaria (artículo 18.4, ER). Lo anterior no impide al Estado que haya impugnado la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares volver a impugnar, en su momento, “la admisibilidad de un asunto”, de conformidad con el artículo 19, “haciendo valer hechos nuevos importantes o un cambio significativo de las circunstancias” (artículo 18.7, ER).

Si la Fiscalía decide no acudir a la Sala de Cuestiones Preliminares y continuar el diálogo, el artículo 18.3 le permite “volver a examinar la cuestión de la inhibición de su competencia al cabo de seis meses a partir de la fecha de la remisión o cuando se haya producido un cambio significativo de circunstan-

cias en vista de que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo”.⁸⁷ Además, la Fiscalía podrá pedir al Estado de que se trate que le informe periódicamente de la marcha de sus investigaciones y del juicio ulterior, a lo cual los Estados partes deberán responder “sin dilaciones indebidas” (artículo 18.5). Después de analizar la información respectiva la Fiscalía podrá acudir a la Sala de Cuestiones Preliminares para que autorice la investigación (Regla 56, RPP).

En cualquier caso, conforme al artículo 18.6, el fiscal podrá, pendiente el pronunciamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares, o en cualquier momento si se hubiere inhibido de su competencia, “pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares, con carácter excepcional, que le autorice a llevar adelante las indagaciones que estime necesarias cuando exista una oportunidad única de obtener pruebas importantes o exista un riesgo significativo de que esas pruebas no estén disponibles ulteriormente”.

Esta última disposición y varias más de las anteriores tienen por objeto limitar los riesgos que pudiera generar el procedimiento de activación y principalmente las cuestiones preliminares del artículo 18 del ER para un adecuado equilibrio entre el principio de complementariedad y el ejercicio efectivo de la jurisdicción de la Corte.

El artículo 19 del ER, relativo a la “impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa”, dispone que la Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas y podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa, de conformidad con el artículo 17 de su Estatuto. La regla 58.4 de las RPP dispone que la Corte se pronunciará en primer lugar respecto de las impugnaciones o las cuestiones de jurisdicción o competencia y, a continuación, respecto de las impugnaciones o las cuestiones de admisibilidad.

El artículo 19 del ER es también expresión del régimen de complementariedad. A diferencia del procedimiento establecido en el artículo 18, que sólo se aplica respecto de la remisión de una situación de crisis por un Estado parte, así como respecto de la actuación de oficio del fiscal para iniciar una investigación, el artículo 19 se aplica respecto de la impugnación de la jurisdicción o la admisibilidad de “casos”, “causas” o “asuntos” y por tanto

⁸⁷ De conformidad con la regla 54 de las RPP, la petición del fiscal a la Sala de Cuestiones Preliminares deberá hacerse por escrito e indicará sus fundamentos, comunicando a la Sala la información suministrada por el Estado, debiendo además la Fiscalía informar por escrito al Estado sobre dicha petición.

incluye también los “casos” derivados de aquellas situaciones referidas por el Consejo de Seguridad, así como aquellos supuestos en que los Estados no inicien una investigación en respuesta a la notificación del fiscal en los términos del artículo 18.⁸⁸

La admisibilidad de una causa podrá impugnarse por cualquiera de los sujetos a que se refiere el artículo 19.2 del ER, a saber: *a)* el acusado o la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia; *b)* un Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes; o *c)* un Estado cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12. En estos dos últimos supuestos, el fiscal (de conformidad con el artículo 19.7 del ER) suspenderá la investigación hasta que la Corte resuelva de conformidad con el artículo 17. Asimismo, el fiscal podrá pedir a la Corte que se pronuncie sobre una cuestión de competencia o de admisibilidad, en las cuales podrán presentar, asimismo, observaciones a la Corte quienes hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 13 (los Estados parte o el Consejo de Seguridad) y las víctimas (artículo 19.3).

La admisibilidad de una causa o la competencia de la Corte sólo podrán ser impugnadas una sola vez y deberá hacerse antes del juicio o a su inicio.⁸⁹ Sobre la impugnación de la admisibilidad de una causa o de la competencia de la Corte conocerá la Sala de Cuestiones Preliminares si se presenta antes de la confirmación de los cargos y la Sala de Primera Instancia si la impugnación se hace después de confirmados los cargos. En cualquier caso, las decisiones relativas a la competencia o la admisibilidad podrán ser recurridas ante la Sala de Apelaciones, de conformidad con los artículos 18.4, 19, 82, y las Reglas de Procedimiento 58, 59, 60 y 154.

Asimismo, el fiscal, hasta antes de que la Corte se pronuncie sobre una impugnación, podrá pedirle autorización a la Corte para practicar las indagaciones necesarias de la índole mencionada en el párrafo 6 del artículo 18 (relativas a la existencia de una oportunidad única de obtener pruebas importantes o exista un riesgo significativo de que esas pruebas no estén disponibles ulteriormente); tomar declaración a un testigo o recibir su testi-

⁸⁸ *Cfr.* El Zeidy, Mohamed, *op. cit.*, nota 55, p. 912.

⁸⁹ El propio artículo 19.4 establece que, en circunstancias excepcionales, “la Corte podrá autorizar que la impugnación se haga más de una vez o en una fase ulterior del juicio. Las impugnaciones a la admisibilidad de una causa hechas al inicio del juicio, o posteriormente con la autorización de la Corte, sólo podrán fundarse en el párrafo 1 c) del artículo 17”.

monio, o completar la recolección y el examen de las pruebas que hubiere iniciado antes de la impugnación; o impedir, en cooperación con los Estados que corresponda, que eludan la acción de la justicia personas respecto de las cuales el fiscal haya pedido ya una orden de detención en virtud del artículo 58. Además, la impugnación no afectará a la validez de ningún acto realizado por el fiscal ni de ninguna orden o mandamiento dictado por la Corte con anterioridad (artículo 19.9, ER).

Finalmente, cabe recordar que el principio *ne bis in idem* no se aplica sino a las decisiones de fondo de la Corte y no respecto de aquellas dictadas sobre la competencia o admisibilidad de un caso. Por ello, como lo señala el artículo 19.10 del ER, si la Corte hubiere declarado inadmisibile una causa, el Fiscal podrá pedir que se revise esa decisión cuando se haya cerciorado cabalmente de que han aparecido nuevos hechos que invalidan los motivos por los cuales la causa había sido considerada inadmisibile de conformidad con dicho artículo. De igual forma, si el Fiscal decide suspender una investigación (tomando en cuenta las cuestiones a que se refiere el artículo 17) podrá pedir que el Estado de que se trate ponga a su disposición información sobre las actuaciones realizadas y posteriormente, de considerarlo procedente, abrir nuevamente una investigación, lo que deberá notificar al Estado cuyas actuaciones hayan dado origen a la suspensión (artículo 19.11, ER).

III. COMENTARIO FINAL

La idea de complementariedad entre el derecho internacional y el derecho interno, y entre las diferentes ramas del derecho internacional (en especial entre el DIDH y el DPI) ha de tomarse en cuenta al momento de evaluar los mecanismos internacionales. La lucha contra la impunidad de violaciones graves a los derechos humanos se basa en una compleja maquinaria que involucra la actuación de diferentes instancias nacionales e internacionales. Dos principios sustentan el conjunto: el principio de complementariedad y el principio de cooperación.

El principio de complementariedad se expresa de forma diferente dependiendo el régimen de protección internacional de que se trate. Sin embargo, la razón de ser del principio es la misma. Las jurisdicciones nacionales son las primeras responsables en la persecución y enjuiciamiento de las violaciones graves a los derechos humanos. Este es su derecho como

jueces naturales por excelencia y su deber. Estas obligaciones derivan, en principio, no del ER, sino de los deberes generales establecidos por el DIDH, y en particular del deber de justicia penal, expresado respecto de ciertos crímenes internacionales en el principio *aut dedere aut judicare*, y que permite en algunos de ellos el ejercicio de la jurisdicción universal por los Estados en interés de la comunidad internacional. En los jueces nacionales de los Estados se deposita, en primer lugar, la responsabilidad de hacer efectivos los derechos de las víctimas y la sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos. Sin embargo, ahí donde no existan jueces independientes e imparciales, incapaces o no estén dispuestos a llevar a cabo el enjuiciamiento de los responsables de tales violaciones, la jurisdicción internacional deberá ejercer su competencia en las condiciones establecidas por el propio derecho internacional. En la supervisión de los actos de las autoridades estatales la complementariedad de los tribunales de derechos humanos (ahí donde existen) y la Corte Penal Internacional, será fundamental para garantizar no sólo la efectiva persecución y enjuiciamiento de los responsables, sino también para la debida reparación de las víctimas y la consolidación de un orden público internacional.

El principio de complementariedad es la piedra angular del ER. El éxito de las negociaciones de Roma se debió, en mucho, al equilibrio de intereses que el principio representa. El régimen de complementariedad, en tanto producto de una negociación compleja, no es perfecto, y muchas son las dudas que genera la aplicación del principio de complementariedad por la CPI. El procedimiento de activación y las cuestiones preliminares a la admisibilidad previstas en el artículo 18 siguen despertando inquietudes sobre cuál será la actitud de los Estados frente al principio de complementariedad y cómo ha de reaccionar la Corte. A este respecto, una cuestión importante que sólo la práctica jurisprudencial de la Corte podrá esclarecer es la relativa a cuáles Estados el fiscal debe notificar el inicio de una investigación y cuáles de ellos pueden solicitar a su favor la inhibición de la Fiscalía. El texto del artículo 18.1 deja claro que el fiscal deberá notificar a todos los Estados partes; sin embargo, refiere que deberá hacerlo también “a todos aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate”. ¿Qué ha de entenderse aquí por “Estados que ejercerían normalmente su jurisdicción sobre tales crímenes”? ¿Cómo ha de entenderse el término “información disponible”? ¿Qué papel ha de asignarse a la jurisdicción universal? Otro aspecto

importante es el relativo al papel que jugarán las leyes de amnistía, los procedimientos de perdón o indulto. Estas y otras preguntas pueden hacerse al respecto y muchas más sobre otros aspectos, como el alcance personal del principio de complementariedad, que dejaría en manos de la CPI sólo a los altos mandos responsables de la comisión de los crímenes de su competencia o aquellos supuestos de especial gravedad, mientras estaría en manos de la justicia nacional la persecución y enjuiciamiento de los “responsables menores” de tales crímenes.

La CPI está ya funcionando. Corresponde a los Estados adecuar su ordenamiento interno a sus obligaciones derivadas del ER, tanto en su aspecto sustantivo como procesal. Asimismo, es buen momento para que los jueces nacionales actúen, con base en el principio del desdoblamiento funcional, como agentes de un orden público internacional. El principio de complementariedad no busca establecer una jerarquía entre instituciones nacionales y supranacionales, sino hacer operativo y práctico el funcionamiento de ambos sistemas (internacional e interno) y hacer más efectiva la protección de los derechos fundamentales y la persecución y enjuiciamiento de los responsables de sus violaciones. En tanto que el derecho internacional no pretende suplantar al derecho estatal sino mejorar y hacer más eficiente el funcionamiento de las instituciones internas, la finalidad común del ordenamiento nacional e internacional de una mayor y mejor protección y garantía de los derechos humanos es el criterio definitivo en la aplicación del principio de complementariedad, más allá de la discusión sobre la jerarquía de las diferentes instancias participantes. Es por ello que aquí se ha hablado de una estrategia integral contra la impunidad. Una estrategia que empieza por una adecuada difusión de las diferentes vertientes de protección internacional de la persona humana (DIDH, DIR, DIH y DPI), que pasa necesariamente por la armonización legislativa y que se consolida en la medida en que los operadores jurídicos se conciben a sí mismos como partes de una estructura jurídica compleja, encaminada no a hacer prevalecer una norma por el mero hecho de su origen (nacional o internacional) sino a resolver problemas de concurrencia de jurisdicciones que haga realidad el compromiso común e inderogable de luchar por la justicia y en contra de la impunidad.