

## LA COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA RELATIVIDAD DEL EFECTO DE COSA JUZGADA INTERNA

Lorenzo M. BUJOSA VADELL\*

Decía, ya hace unos años, el eminente jurista mexicano, profesor Fix-Zamudio, a cuyo homenaje se dedican estas páginas, que “cada vez existen más relaciones, y por ello también conflictos, entre la aplicación de las disposiciones de la Constitución y aquellas que pertenecen al campo transnacional, algunas de las cuales forman parte directa, o a través de mecanismos de incorporación, del orden jurídico interno”.<sup>1</sup> Justamente las líneas que siguen pretenden profundizar en uno de los aspectos más novedosos en que se pueden mostrar tales conflictos, siempre con la Constitución como centro de referencia.

No es nuevo, ciertamente, que una de las más importantes líneas de evolución de nuestra disciplina ha sido la llamada “internacionalización”,<sup>2</sup> especialmente por los progresos normativos de la Unión Europea

\* Profesor titular de derecho procesal en la Universidad de Salamanca (España). Habilitado para catedrático de derecho procesal; doctor en derecho por la Universidad de Salamanca. Es autor de monografías como *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo* o *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, así como de numerosos artículos y capítulos de libros. Es asiduo conferenciante en España, Portugal, Italia y en numerosas tribunas iberoamericanas.

<sup>1</sup> Fix-Zamudio, H., “Los problemas contemporáneos del Poder Judicial”, *Problemas actuales de la justicia. Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario*, Valencia, 1988, p. 132.

<sup>2</sup> Alcalá Zamora y Castillo, N., *Veinticinco años de evolución del derecho procesal, 1940-1965*, México, 1968, p. 445, señalaba ya que en la esfera procesal internacional se registraban cambios de suma trascendencia durante esos años. Por su parte, Lozano-Higuero Pinto, M., *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1990, constataba la importancia de la internacionalización entre las últimas orientaciones o tendencias evolutivas de nuestra disciplina.

en materia de cooperación procesal o por la sostenida influencia de algunos tribunales internacionales en los ordenamientos internos.<sup>3</sup> Las investigaciones sobre la Corte Penal Internacional marcan, no obstante, un nuevo sesgo por las particulares circunstancias en que se desarrolla el proceso penal internacional, que aun con todas sus limitaciones y contradicciones constituye una de las más destacadas y originales innovaciones jurídicas en el modo de encauzar el ejercicio de la potestad jurisdiccional y la actuación de los distintos sujetos procesales.

Como afirma Kaul, miembro integrante de la delegación alemana en la Conferencia Diplomática de Roma, en la que se elaboró el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI), refiriéndose a la forma en que se activa la jurisdicción de este órgano jurisdiccional “se convirtió en el problema más importante, el de mayor dificultad política y, en consecuencia, el que generó mayores tensiones dentro de todo el conjunto de problemas que constituyeron materia de las negociaciones”.<sup>4</sup> No es nada extraño que así fuera, porque estamos ante el elemento nuclear del sistema jurisdiccional configurado en el Estatuto de Roma.<sup>5</sup>

Son justamente el artículo 17, ECPI, junto con los tres artículos siguientes, pero sobre todo con el 20.3, los que permiten la delimitación de los dos niveles jurisdiccionales que concurren en los asuntos a los que se refiere el Estatuto de Roma: por un lado, la jurisdicción de determinados Estados en virtud de la aplicación de los distintos criterios de atribución del respectivo derecho interno (como los establecidos en los artículos 21 y ss., LOPJ, española), que a nuestro entender son justamente en términos del propio ECPI (artículo 18.1) aquellos Estados que “ejercerían nor-

<sup>3</sup> En el ámbito hispanoamericano, Gozáini, O. A., *Introducción al nuevo derecho procesal*, Buenos Aires, 1988, p. 240 afirmaba: “La constitucionalización de las garantías procesales significó el primer gran encuentro entre los derechos fundamentales del hombre y la forma de instrumentar la protección efectiva de ellos. El paso siguiente... señala la necesidad de conciliar el derecho interno con el derecho supranacional, que, como resulta natural significa una superación del dogma de la soberanía en beneficio de la efectiva vigencia del Derecho”.

<sup>4</sup> Kaul, H. P., “La Corte Penal Internacional: la lucha por su competencia y alcance”, en Ambos, K. y Guerrero, O. J. (comps.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 1999, p. 214.

<sup>5</sup> En este sentido, Williams, S. A., “Article 17. Issues of admissibility”, en Trifferer, O. (ed.), *Commentary on The Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, p. 384, afirma que el artículo 17, ECPI, es la piedra angular del Estatuto de Roma.

malmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate”. Y, por otro lado, la jurisdicción de la Corte, constituida a partir de la cesión de potestades soberanas por parte de los distintos Estados partes a efectos de la investigación y enjuiciamiento de procesos penales sobre determinados hechos particularmente graves dentro del ámbito competencial que el Estatuto de Roma define.

Efectivamente, debe partirse de la idea de concurrencia de jurisdicciones.<sup>6</sup> La CPI, aun con sus destacadas limitaciones competenciales, tiene un ámbito de cognición que coincide en cualquier caso con alguna otra jurisdicción, y lo más probable es que coincida con varias. Ésta es una característica definitoria del sistema jurisdiccional creado en Roma, que conlleva numerosas consecuencias jurídicas: la Corte no tiene territorio propio, ni siquiera a efectos del lugar donde se celebra el juicio o del centro donde se mantengan privados de libertad los acusados. De ahí la importancia evidente de la delimitación de los casos en que pueden los juzgados y tribunales internos, conocer de un determinado asunto —aunque se trate de delitos singularmente abominables—, y aquellos otros en que ello corresponde a la Corte, aunque necesariamente alguno o algunos Estados deberán contribuir a la eficacia de este enjuiciamiento.<sup>7</sup>

Conviene, a los efectos de determinar la posición de nuestra jurisdicción —la española— con respecto a la que ejerce la Corte, recordar los parámetros que permiten *in abstracto* poner en marcha los órganos de esta última institución, conforme a los artículos 5 y ss. ECPI, por tanto desde el punto de vista personal, material, temporal y territorial. Sin embargo, se trata de criterios que, a diferencia de los que rigen en el ámbito interno de los Estados, no bastan por sí mismos para que pueda directamente ponerse en funcionamiento el mecanismo jurisdiccional de la Cor-

<sup>6</sup> No es ésta una característica exclusiva de la CPI, pues, como dice Kittichaisaree, K., *International Criminal Law*, cit., p. 25: “One unique characteristic of the ICTY and the ICTR is the co-existence of both the concurrent jurisdiction and primacy jurisdiction each of them has *vis-à-vis* national courts. Neither the ICTY nor the ICTR has exclusive jurisdiction over crimes included in its mandate”. Sobre los distintos modelos en que se produce tal concurrencia, véase Sánchez Legido, A., *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Valencia, 2004, pp. 306-309.

<sup>7</sup> Clapham, A., “Issues of complexity, complicity and complementarity: from the Nuremberg trials to the dawn of the new International Criminal Court”, *From Nuremberg to the Hague. The future of International Criminal Justice*, Cambridge, 2003, p. 64, señala a este respecto: “At first sight, this probably seems like a huge defect in the Statute. But it may be that the principle of complementarity will create a new international legal order”.

te. Ahí está el quid de la relación entre la jurisdicción de la Corte y la de los Estados. Pero conviene ir por partes.

Es importante destacar inicialmente que la jurisdicción de la Corte tiene un carácter automático o inherente, es decir, no es precisa declaración específica alguna al respecto por parte de los Estados que hayan ratificado el ECPI;<sup>8</sup> por tanto, es un avance importante en relación con lo que ha sido habitual en la experiencia de algunos tribunales internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta la entrada en vigor de la reforma operada por el Protocolo 11.

De conformidad con el artículo 25, por lo que se refiere al criterio personal de atribución de la jurisdicción, se establece el principio de la responsabilidad penal individual:<sup>9</sup> la Corte actúa jurisdiccionalmente respecto de las personas naturales a las que se impute un crimen de los previstos en los artículos 5 y ss.<sup>10</sup> Es importante añadir la limitación relativa a la edad, pues la Corte no ejerce jurisdicción respecto de los que fueren menores de dieciocho años en el momento de la presunta comisión del crimen.

Ya desde el inicio de los trabajos preparatorios hubo consenso respecto a que su ámbito de atribuciones debía limitarse a los “crímenes más graves, de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”

<sup>8</sup> Ello no impide que tenga razón Bueno Arús, F., “El Tribunal Penal Internacional”, *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI, Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Madrid, 1999, pp. 378 y 379, cuando resalta el fuerte condicionamiento del valor obligatorio de las normas de derecho internacional por la adhesión voluntaria de los Estados: “Sin una actitud de colaboración decidida por parte de los Estados (tanto en el orden económico como de cumplimiento de las órdenes y solicitudes de la Corte), ésta no podrá funcionar”.

<sup>9</sup> Booth, C., “Prospects and issues for the International Criminal Court: lessons from Yugoslavia and Rwanda”, *From Nuremberg to the Hague. The future of International Criminal Justice*, Cambridge, 2003, p. 179, señala que “The act of punishing particular individuals —whether leaders, or star generals, or foot soldiers— becomes an instrument through which individual accountability for massive human rights violations is increasingly internalised as part of the fabric of our international society”.

<sup>10</sup> Como señala De Miguel Zaragoza, “Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento a los núms. 1836-1837, del 15 de enero de 1999, p. 14, la Corte no es competente para enjuiciar a Estados, sino a personas —incluidos los jefes de Estado—. Más discutible es su afirmación de que tampoco para enjuiciar hechos aislados, sino “situaciones”. Véase al respecto Olásolo Alonso, H., *Corte Penal Internacional. ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Valencia, 2003, pp. 105-117.

(artículo 5.1 ECPI).<sup>11</sup> Algunos de los crímenes ya habían sido definidos desde hace tiempo en diversos instrumentos internacionales, como los de genocidio y los relativos a los crímenes de guerra. El delito de agresión, tradicionalmente sin definir en el derecho internacional, sigue en la misma situación por lo menos hasta siete años después de la entrada en vigor de la Corte (artículo 5.2, ECPI). Tampoco se incluyen alguno de los delitos contenidos en el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (delitos contra la seguridad de la aviación civil, toma de rehenes, tráfico de drogas, entre otros). Finalmente, en los artículos 6, 7 y 8, los más extensos del articulado del ECPI, se tipifican con detalle los delitos de genocidio, de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Debe destacarse con respecto a estos dos últimos grupos de delitos que el propio ECPI procede a una selección: entran en el ámbito de la Corte los delitos de lesa humanidad, pero “sólo cuando se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (artículo 7.1, ECPI, y respecto a los crímenes de guerra, “cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (artículo 8.1, ECPI).

Por otra parte rige el principio de legalidad, tanto en la tipificación de los delitos como —muy relativamente— de las penas,<sup>12</sup> y el de irretroactividad (artículo 24.1, ECPI: “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”) y se aplicarán, en caso de reforma antes de que se dicte una sentencia firme, las disposiciones más favorables a la persona enjuiciada.

<sup>11</sup> Se trata, al decir de Fernández, S. A., “Elementos para el establecimiento de una Corte Penal Internacional eficaz e independiente”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 23, enero-junio de 1996, p. 46, de un “imperativo de realismo”. Como afirma Gil Gil, A., *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999, p. 64, ello no impide que puedan ser calificados también de delitos internacionales otras conductas tradicionalmente consideradas como tales que han quedado, sin embargo, fuera de la competencia del Tribunal.

<sup>12</sup> Véase Jiménez García, F., “Dos proyectos para la humanidad: el Estatuto del Tribunal Penal Internacional y el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, *Studia Carande 2. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 1998, pp. 112-117; Cuerda Riezu, A. y Ruiz Colomé, M. A., “Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional”, *La Ley*, 1999, t. 1, pp. 1717-1719, y Fernández Sola, N., “Dos modelos de justicia internacional: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional”, *Hacia una justicia internacional*, Madrid, Abogacía General del Estado, 2000, pp. 187 y 188.

Por último, en el artículo 12.2, ECPI, se establecen unos importantes presupuestos adicionales para el ejercicio de la jurisdicción. Como adelantábamos, no se configura en el Estatuto de Roma una jurisdicción universal, sino que se prevén unas claras limitaciones cuando la investigación se inicie bien a instancia de un Estado parte o de oficio por el Fiscal —normalmente ante la denuncia de las víctimas o de entidades interesadas—.<sup>13</sup> En estos casos sólo podrá ejercer jurisdicción la Corte *in abstracto*, cuando sean parte, bien el Estado en que se cometió el hecho, bien el Estado del que es nacional el imputado.<sup>14</sup> Todo ello salvo que el Estado que no sea parte consienta expresamente que la Corte ejerza su competencia respecto al crimen de que se trate.<sup>15</sup> En cambio, cuando es el Consejo de Seguridad el que inste la iniciación del proceso, dadas las propias características de este órgano, sí que puede hablarse de un ámbito universal de ejercicio de la jurisdicción.

La combinación de todos estos parámetros va a dar lugar a la posibilidad de plantear la activación de la jurisdicción, que en principio permanecía abstracta, a través de un procedimiento, que se ha denominado *trig-*

<sup>13</sup> Como señala Condorelli, L., “La Cour pénale internationale: un pas de géant (porvu qu’il soit accompli...)”, *RGDIP*, t. 103, 1999, 1, p. 16 : “la sphère de compétence de la C.P.I. est très étendue *ratione materiae*, mais fort restreinte *ratione personae*, ainsi que *ratione loci*...”.

<sup>14</sup> Se establece, además, una regla de flexibilidad en el artículo 124 al permitir que un Estado, al hacerse parte del Estatuto, pueda declarar que no acepta la competencia de la Corte en un plazo de siete años desde la entrada en vigor del Estatuto a su respecto, por lo que se refiere a los crímenes de guerra, cuando el delito supuestamente se haya cometido en su territorio o por uno de sus nacionales.

<sup>15</sup> Conviene tener en cuenta, conforme a la regla 44, RPP, que caben dos vías para ello, dependiendo de quien tiene la iniciativa:

— La primera es la prevista en el apartado primero de la mencionada regla, por la que el secretario de la Corte, a solicitud del fiscal, podrá preguntar a un Estado que no sea parte en el Estatuto o que se haya hecho parte en él después de su entrada en vigor, con carácter confidencial, si se propone hacer la declaración prevista en el artículo 12.3, ECPI.

— La segunda supone que el Estado presenta al secretario la declaración conforme al mencionado artículo, o comunica su intención de presentarla.

En ambos casos el secretario debe informar al Estado en cuestión de que esa declaración tendrá como consecuencia la aceptación de la competencia con respecto a los crímenes indicados en el artículo 5, ECPI, a que corresponda la situación y serán aplicables las disposiciones de la parte IX, correspondiente a la cooperación procesal con la Corte, así como las reglas correspondientes que se refieran a los Estados partes. Se produce evidentemente una asimilación a la posición de cualquier Estado parte, pero a los solos efectos de la situación por la que se ha emitido el consentimiento.

*gering procedure*,<sup>16</sup> y que a pesar de las grandes diferencias doctrinales al respecto puede considerarse como un proceso autónomo,<sup>17</sup> aunque directamente relacionado con el proceso penal que se va a desarrollar ante los órganos de la Corte, que tiene la finalidad principal de examinar, ante una situación concreta,<sup>18</sup> la constatación de la concurrencia de los presupuestos relativos a la jurisdicción abstracta de la Corte, que a su vez va a permitir el inicio, a instancia exclusiva del fiscal, del proceso penal en el que se ejerce la jurisdicción concreta de la Corte ante un asunto o caso determinado.<sup>19</sup>

Precisamente está justificada la existencia de este paso previo singular por la especificidad de la relación entre Estados y CPI que viene trazada en el Estatuto de Roma. Este texto internacional parte de la idea —muy importante como criterio aplicable a efectos de la implementación de las normas del ECPI— de la preferencia de los Estados en la cognición de los asuntos relativos a delitos particularmente graves y en los que están implicados los intereses de la comunidad internacional.<sup>20</sup> Efectivamente, son los Estados a los que en cada caso corresponda el ejercicio de su jurisdicción —sin más especificaciones— quienes debe-

<sup>16</sup> Esteves de Campos E. Assunção y M. L. M., “O Tribunal internacional penal permanente e o mito de Sísifo”, *RPCC*, 8, 1998, p. 33, traduce libremente al portugués: “sistema (ou mecanismos) de promoção e prossecução processual”.

<sup>17</sup> Así lo defiende, entre nuestra doctrina, Olásolo Alonso, H., *Corte Penal Internacional...*, *cit.*, pp. 391-403. Este autor ha defendido posteriormente en intervenciones orales el adjetivo “latente”, como más expresivo que los términos de “jurisdicción abstracta”.

<sup>18</sup> Como dice Zappalà, S., “Il procuratore della Corte Penale Internazionale: luci e ombre”, *RDI*, 1999, fasc. 1, p. 55: “Si tratterà quinde verosimilmente di *referrals* relativi a situazione complessive (ad es allegazioni relative a ripetute e massicce violazioni del diritto internazionale umanitario, nel corso di un conflitto armato)”.

<sup>19</sup> Schabas, W. A., *An Introduction to the International Criminal Law*, 2a. ed., Cambridge, 2004, p. 68, en este sentido precisa: “To a large extent, the question of jurisdiction concerns the Court’ consideration of a ‘situation’ in which a crime is committed, whereas, by the time the issue of admissibility is being examined, prosecution will necessarily have progressed to the identification of a ‘case’”.

<sup>20</sup> Como se destaca en *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, 2003 (<http://www.icc-cpi.int/otp/complementarity.php>), p. 3: “The principle of complementarity is based both on respect for the primary jurisdiction of States and on considerations of efficiency and effectiveness, since States will generally have the best access to evidence and witnesses and the resources to carry out proceedings. Moreover, there are limits on the number of prosecutions the ICC, a single institution, can feasibly conduct”.

rán iniciar los procesos penales correspondientes.<sup>21</sup> Pero este “deberán” no debe entenderse en puridad como la formulación de una obligación jurídica —por lo menos desde el propio Estatuto—: no existe como tal en el sistema de la Corte, pero sí por lo menos como obligación ética.

Así, se ha hablado de la primacía formal de los Estados partes, pues son éstos quienes conforme al Estatuto de Roma siguen investigando y enjuiciando las infracciones criminales tipificadas en los artículos 6, 7 y 8, ECPI.<sup>22</sup> La creación de la CPI, a diferencia de lo que en ocasiones se ha dado a entender, no supone una sustitución de las jurisdicciones nacionales con respecto a este tipo de delitos, ni supone necesariamente alterar lo más mínimo la vigencia de determinados criterios de atribución de la jurisdicción de carácter interno.<sup>23</sup> Pero este esquema ha revelado a

<sup>21</sup> Cfr. Amnistía Internacional, *Corte Penal Internacional: lista de requisitos para la aplicación efectiva del Estatuto de Roma*, Índice AI: IOR 40/11/00/s, 1 de agosto de 2000. <http://web.amnesty.org/library/print/ESLIOR400112000>, p. 2: “...todos los Estados deben garantizar que pueden cumplir con la obligación que les impone el derecho internacional de hacer comparecer ante la justicia a los autores de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Además, puesto que sus recursos son limitados, la Corte sólo podrá enjuiciar a un pequeño número de presuntos autores de tales crímenes”.

<sup>22</sup> Cfr. Escobar Hernández, C., “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Hacia una justicia internacional*, Madrid, Abogacía General del Estado, 2000, p. 516. Sin embargo, no estamos de acuerdo con Gutiérrez Espada, C., “Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional (TPI) (Roma, 1998)”, *Hacia una justicia internacional*, Madrid, Abogacía General del Estado, 2000, p. 570, cuando escribe que “En rigor, el denominado ‘principio de complementariedad’ esconde el de ‘subordinación’, en la medida en que... en caso de concurrencia de jurisdicciones (la del TPI y la nacional), estas últimas se imponen”. Como veremos en el texto, eso no es exactamente así. Tampoco es exacta su afirmación de que “resulta especialmente llamativo, y en mi opinión muy criticable, que incluso Estados no Partes (éstos que el Estatuto describe como los que ‘ejercerían normalmente la jurisdicción’), puedan bloquear el funcionamiento de la Corte”. Un entendimiento adecuado del funcionamiento de la complementariedad nos da a entender justo lo contrario: los Estados que actúen de mala fe en ningún caso podrán bloquear la actuación de la Corte, salvo por sus incumplimientos respecto a la obligación de cooperar.

<sup>23</sup> En palabras de Cassese, A., “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *EJIL*, vol. 10, núm. 1, 1999, p. 158: “it falls primarily to national prosecutors and courts to investigate, prosecute and try the numerous international crimes being perpetrated in many parts of the world. First of all, those national institutions are in the best positions to do justice, for they normally constitute the *forum conveniens*, where both the evidence and the alleged culprit are to be found. Secondly, under international law, national and territorial states have the right to prosecute and try inter-



lo largo de la historia reciente sus deficiencias en orden a procurar una erradicación de la impunidad respecto a este tipo de delitos. Es claramente insuficiente la mera actuación de los tribunales nacionales no sólo como vía disuasoria para evitar su comisión, sino incluso como mecanismo adecuado para obtener su completa sanción.<sup>24</sup>

La constitución de la CPI opera, de este modo, como un importante plus a estos efectos: los distintos Estados que se hallan vinculados por el Estatuto de Roma han cedido parte de su potestad jurisdiccional para obtener de ello una superación de las mencionadas deficiencias a través de la creación de un instrumento de prevención general en un ámbito tendencialmente universal, pero también de un sistema material, orgánico y procesal que contribuya a evitar la lamentable impunidad que ha caracterizado en tantas ocasiones la comisión de los crímenes más graves; por lo menos por lo que se refiere a los jefes y demás superiores responsables de actos de genocidio (artículo 6, ECPI), de crímenes de lesa humanidad cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (artículo 7, ECPI), o, por último, de crímenes de guerra cometidos como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes (artículo 8, ECPI).<sup>25</sup>

national crimes, and often eve a duty to do so. Thirdly, national jurisdiction over those crimes is normally very broad, and embraces even lesser international crimes, such as sporadic and isolated crimes, which do not make up, nor are part of, a pattern of criminal behaviour. Were the ICC also to deal with all sorts of international crimes, including those of lesser gravity, it would soon be flooded with cases and become ineffective as a result of an excessive and disproportionate workload... It is therefore quite appropriate that the ICC should intervene only when national institutions fail to do so”.

<sup>24</sup> Como dice Kirsch, P., “La Cour pénale face à la souveraineté des États”, en Casse-se, A. y Delmas-Marty, M. (dirs.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, París, 2002, p. 33, afirma que “la tension entre souveraineté et justice internationale est ici évidente. L’exception à la complémentarité que je viens de mentionner, c’est-à-dire la capacité d’agir de la Cour lorsque les structures judiciaires nationales ne fonctionnent pas comme elles le devraient, a été contesté de peur que la Cour pénale internationale puisse faire fonction de cour d’appel internationale et porte un jugement sur le processus d’enquête et de poursuite des États. Cette possibilité existe en effet, mais pour de bonnes raisons...”.

<sup>25</sup> Mary Robinson, en el “Preface”, de *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law* (ed. S. Macedo), Philadelphia, 2004, p. 16, afirma: “Through its cornerstone principle of complementarity, the ICC Statute highlights the fact that international prosecutions alone will never be sufficient to achieve justice and emphasizes the crucial role of national legal systems in bringing an end to impunity”.

Como bien apunta ya el párrafo décimo del Preámbulo del Estatuto de Roma, la Corte “será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”; por lo tanto, se configura como institución encargada de suplir las carencias de los Estados en la persecución de estos crímenes. Conviene recordar que, a diferencia de lo que acabamos de exponer, en el sistema previsto en el ETPIY y en el ETPIR la relación entre tribunal internacional y Estados opera de otra forma: existe una primacía real del TPIY y del TPIR y, en definitiva, una relación de verticalidad entre estas instituciones y los Estados partes, derivadas ambas justamente del propio origen de estos tribunales, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.<sup>26</sup> Así pues, el artículo 9.2, ETPIY, establece que “El Tribunal Internacional tendrá primacía respecto de los Tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional podrá pedir oficialmente a los Tribunales nacionales que convingan en la competencia del Tribunal Internacional de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional”. Asimismo, conforme al artículo 9.2, ETPIR, claramente se dispone: “El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales de todos los Estados miembros. En cualquier etapa

<sup>26</sup> Así, en la resolución de la Sala de Apelaciones del TPIY del 29 de octubre de 1997 [*Prosecutor v. Tihomir Blaskic. Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997* (<http://www.un.org/icty/blaskic/appeal/decision-e/71029JT3.html>)] declara el TPIY: “...The International Tribunal is an international criminal court constituting a novelty in the world community. Normally, individuals subject to the sovereign authority of States may only be tried by national courts. If a national court intends to bring to trial an individual subject to the jurisdiction of another State, as a rule it relies on treaties of judicial cooperation or, if such treaties are not available, on voluntary interstate cooperation. Thus, the relation between national courts of different States is ‘horizontal’ in nature. In 1993 the Security Council for the first time established an international criminal court endowed with jurisdiction over individuals living within sovereign States, be they States of the former Yugoslavia or third States, and, in addition, conferred on the International Tribunal primacy over national courts. By the same token, the Statute granted the International Tribunal the power to address to States binding orders concerning a broad variety of judicial matters (including the identification and location of persons, the taking of testimony and the production of evidence, the service of documents, the arrest or detention of persons, and the surrender or transfer of indictees to the International Tribunal). Clearly, a ‘vertical’ relationship was thus established, at least as far as the judicial and injunctory powers of the International Tribunal are concerned (whereas in the area of enforcement the International Tribunal is still dependent upon States and the Security Council)”.

del procedimiento, el Tribunal Internacional para Ruanda podrá presentar oficialmente a los tribunales nacionales una petición de inhibitoria de jurisdicción de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional para Ruanda”.

El origen convencional del Estatuto de Roma sitúa a la CPI en un esquema distinto,<sup>27</sup> aunque a los efectos que estamos examinando no tanto como pudiera parecer a primera vista. A pesar de la preferencia que se concede a las jurisdicciones nacionales, también la Corte es quien va a decidir en último término sobre la concurrencia de jurisdicciones.<sup>28</sup> Para ello, sin embargo, no es suficiente con una mera orden al respecto del Fiscal de la Corte como ocurre en el caso de los tribunales *ad hoc* (por mucho que se hable de “petición de inhibitoria”),<sup>29</sup> sino que en los artículos 17 y siguientes se articula el anteriormente mencionado proceso de activación de la jurisdicción de la Corte ante una concreta situación presentada por alguna de las vías previstas en el ECPI.

A efectos, pues, de determinar en último término quién debe seguir investigando o enjuiciando un determinado asunto, el punto clave es que

<sup>27</sup> Cfr. Henquet, T., “Mandatory Compliance Powers *vis-à-vis* States by the *ad hoc* Tribunals and the International Criminal Court: A Comparative Analysis”, *LJIL*, 1999, vol. 12, pp. 969-999.

<sup>28</sup> Con buen criterio, Kaul, H. P. y Kreß, C., “Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: principios y compromisos”, en Ambos, K. (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Valencia, 2002, pp. 298, señalan que: “Es una piedra angular del régimen de jurisdicción de la CPI que dependa de la Corte fijar la cuestión de la jurisdicción. Se sigue inmediatamente de ello que una negativa a cooperar con la Corte no puede basarse sobre la afirmación del Estado requerido de que la Corte no tiene jurisdicción en un determinado caso”.

<sup>29</sup> Como establece el artículo 4, Ley Orgánica de Cooperación con el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: “2. Recibido el requerimiento de inhibición, el juez o tribunal suspenderá el procedimiento y, sin perjuicio de seguir conociendo de actuaciones urgentes, remitirá lo actuado a la Audiencia Nacional, que dictará resolución de inhibición a favor del Tribunal Internacional. Los órganos judiciales militares, en su caso, remitirán lo actuado, por medio del Tribunal Militar Central, a la Audiencia Nacional”.

Es verdad que el apartado siguiente pudiera hacer pensar que el órgano jurisdiccional español es quien decide: “3. Sólo se podrá desestimar el requerimiento, cuando el hecho no entrare en el ámbito de competencia temporal o territorial del Tribunal Internacional”. Sin embargo, el último apartado de este mismo artículo 4 sitúa la cuestión en sus justos términos: “4. Ningún juez o tribunal español podrá plantear conflicto jurisdiccional al Tribunal Internacional, limitándose a exponer las razones que creyere fundamentan su propia competencia”.

De forma prácticamente idéntica, el artículo 4.2,3 y 4, LOCTPIR.

tal decisión corresponde a la Corte,<sup>30</sup> aplicando los criterios establecidos en el propio ECPI, con toda su carga de excesiva discrecionalidad, según veremos seguidamente.<sup>31</sup> En realidad, estos trámites aparentemente se configuran como un mero trámite de admisión de un determinado asunto ante la CPI, a pesar de su mayor entidad hasta el punto de que no es inadecuado hablar de la existencia de un auténtico proceso autónomo y previo.

Los criterios que permiten considerar la necesidad de una intervención subsidiaria de la Corte pueden resumirse en la incapacidad o la falta de voluntad de los tribunales nacionales en la persecución de alguno de los delitos incluidos en el amplio ámbito material de la Corte.<sup>32</sup> La fijación de tales criterios en el artículo 17.1 se produce en sentido negativo, es decir, la constatación de la concurrencia de las circunstancias que allí se exponen dará lugar a una declaración de la Corte por la que se exprese la preferencia de la actuación de los tribunales nacionales y la inhibición —provisional— de los órganos del Estatuto de Roma. *A contrario sensu*, si en una determinada situación no se da alguna de tales previsiones, ello justifica la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional concreta de la CPI, a efectos de la investigación de un determinado asunto de su ámbito de atribuciones. De tal modo, la falta de concurrencia de estas circunstancias opera como presupuesto necesario para la iniciación de un proceso penal ante la Corte.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> De este modo, Escobar Hernández, C., “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *cit.*, p. 517, afirma que “mediante el ejercicio de la técnica de ‘la competencia de la competencia’, se garantiza, en último extremo, una primacía material de la jurisdicción internacional”.

<sup>31</sup> Coincidimos con Cabezado Rodríguez, N., *La Corte Penal Internacional*, Madrid, 2002, p. 72, cuando afirma: “Ciertamente es que los elementos de juicio que el Estatuto suministra al Tribunal no gozan de la concreción que resultaría deseable”. González Cussac, J. L. y Górriz Royo, E., “*Ne bis in idem* y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en Gómez Colomer, J. L. y otros (coords.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Valencia, 2003, p. 234, hablan de “vaguedad e imprecisión”. Roseanne, S., “The Jurisdiction of the International Criminal Court”, *YIHL*, 1999, vol. 2, p. 130, califica esta regulación de “certainly obscure, and is a potential source of major conflict...”.

<sup>32</sup> Como resume el ICCLR, *Cooperating with the International Criminal Court: Potential Implications for National Criminal Justice Personnel*, March, 2003, p. 10: “the case will be inadmissible before the ICC if there is no reason to doubt that the investigation, prosecution, decision not to prosecute or prior trial proceedings are being or were carried out in good faith, or the case is not of sufficient gravity to justify further action by the ICC”.

<sup>33</sup> La concreción de los criterios es algo distinta en los estatutos del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el del Tribunal Penal Internacional para Ruan-

En primer lugar, se plantea el ECPI la situación de litispendencia: un asunto está siendo investigado o enjuiciado por un Estado conforme a los criterios internos que le permiten ejercer jurisdicción sobre el mismo. La preferencia en estos supuestos es evidente: tal Estado seguirá conociendo del asunto en tanto la Corte no observe que la inexistencia de una verdadera disposición o una capacidad real de llevarlo a cabo. Más difícil será determinar en el caso concreto la existencia de tales circunstancias específicas.<sup>34</sup>

En segundo lugar, el Estatuto se refiere a los casos en que se haya iniciado en el ámbito interno un proceso penal, pero éste haya quedado trunco por haberse decidido el no ejercicio de la acusación contra una determinada persona. Estaríamos ante los supuestos de sobreseimiento libre equivalentes a los previstos en el núm. 3o. del artículo 637, LECrim, es decir, a los casos en que aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores cómplices o encubridores, los cuales se benefician, como sabemos, del efecto de cosa juzgada material que impide que tales personas sean enjuiciadas por esos mismos hechos, como si de sentencias absolutorias se tratara. Esto es justamente lo que reconoce el punto b) del apartado primero del artículo 17, ECPI. Pero de nuevo relativiza la actividad jurisdiccional interna, de modo paralelo al expuesto en el párrafo

dá, así Quel López, F. J., “Los tribunales penales ‘ad hoc’”, en Fernández Casadevante Romani, C. (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2a. ed., Madrid, 2003, pp. 372-373, resume la previsión de tres situaciones distintas: “una, la de la *divergencia de calificaciones* por los mismos hechos, situación posible en los casos de que los códigos penales nacionales no tipifiquen conductas comprensivas de crímenes de guerra, genocidio o crímenes contra la humanidad; otra, la del *procesamiento fraudulento* en el orden interno al objeto de hurtar la competencia del Tribunal y, la tercera, la *insuficiencia del procesamiento* ante los tribunales nacionales a la luz de las pruebas que obran en poder del Tribunal tanto respecto a la persona doblemente inculpada como respecto a terceras personas ajenas a la acusación pero relacionadas directamente con los crímenes enjuiciados”.

<sup>34</sup> No nos parece irrelevante la consideración de Henzelin, M., “La Cour pénale internationale: organe supranationale ou otage des Etats?”, *ZStrR*, t. 119, 2001, p. 236: “On peut craindre que la pratique de la CPI soit influencée par des considérations d’ordre politique... il est difficilement imaginable que les juges de la CPI ne soient pas influencés par le contexte et le type d’État en cause”. De todas formas, *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, cit., p. 11, hacen una llamada a la prudencia: “Nonetheless, caution should be exercised, since the admissibility assessment is not intended to ‘judge’ a national legal system as a whole, but simple to assess the handling of the matter in question”.

anterior: si la decisión de sobreseimiento obedeció a que no hay verdadera disposición de llevar a cabo el enjuiciamiento o, en cambio, es manifestación de la incapacidad real de hacerlo, entonces debe entrar en juego la CPI admitiendo la situación presentada y activando su jurisdicción concreta.

Como era de esperar, el siguiente punto (c) se refiere a los casos en que la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada y, por tanto, el efecto de cosa juzgada material derivada de cualquier sentencia firme impida un nuevo enjuiciamiento, no sólo al mismo órgano jurisdiccional que conoció en primer lugar, sino también a los demás órganos jurisdiccionales, no sólo internos, sino también ante la propia CPI. A pesar de las sólidas razones de seguridad jurídica que fundamentan este efecto procesal,<sup>35</sup> veremos que también aquí es necesario permitir la aplicación del principio de complementariedad. Como examinaremos en el punto siguiente, en determinados supuestos, que justamente se resumen en la ausencia de una verdadera voluntad de enjuiciar con todas las consecuencias a una determinada persona o personas, se produce una llamativa relativización del efecto de cosa juzgada interna, conforme a lo establecido en el apartado tercero del artículo 20, ECPI.<sup>36</sup>

Por último, se establece un criterio que pese a su evidente indeterminación jurídica concuerda perfectamente con la finalidad perseguida por la Corte: nos referimos a que deberá determinarse la inadmisibilidad de un asunto cuando no se aprecie suficiente gravedad como para justificar la activación de la jurisdicción concreta de la Corte (“para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”). Efectivamente, la persecución de la impunidad por parte de una institución internacional exige inevitablemente una cierta selección de los asuntos, siempre que ello permita cumplir básicamente con el objetivo de la disuasión de la comisión de actos similares en el futuro.<sup>37</sup> No pretendemos justificar, por supuesto, que los asuntos de menor entidad queden sin sancionar; entendemos, por

<sup>35</sup> Véase al respecto, Calvo Sánchez, M. C., *La revision civil*, Madrid, 1977, pp. 23 y 24.

<sup>36</sup> De nuevo en palabras del ICCLR, *Cooperating with the International Criminal Court: Potential Implications...*, cit., p. 12: “These criteria are designed to ensure that a government cannot use its national criminal jurisdiction to shield perpetrators of the most serious crimes of international concern from criminal responsibility”.

<sup>37</sup> Williams, S. A., “Article 17...”, cit., p. 393: “the philosophical underpinnings of the ICC is the deterrence and if not the prosecution and punishment of grave crimes that threaten the peace, security and well-being of the world and the most serious crimes of the international concern”.

el contrario, que lo que pretende en realidad el Estatuto de Roma es establecer un criterio más bien de distribución de asuntos entre las jurisdicciones nacionales y la CPI. El problema, como tantas veces ocurre en derecho, está en la determinación del límite.<sup>38</sup>

Conviene destacar que en los trabajos preparatorios uno de los asuntos más debatidos fue la concreción de la falta de disposición de proceder a la investigación o enjuiciamiento de un determinado asunto por parte de un concreto Estado.<sup>39</sup> La cuestión de la incapacidad pasó con menos debates, salvo por lo que se refería a la propuesta de incluir los casos de colapso parcial de la administración de la justicia.

En el apartado segundo del artículo 17, finalmente se concretó, a efectos de facilitar a la Corte la constatación de que un determinado Estado no tiene voluntad de perseguir penalmente alguno de los delitos encuadrados en el ámbito competencial del ECPI, una serie de circunstancias cuya concurrencia —por lo menos de alguna de ellas— es imprescindible. Se establece un cierto parámetro de objetivación, pues la Corte debe tener en cuenta en todo caso los principios del proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional.

Las circunstancias por las que debe considerarse que un Estado no quiere proceder al enjuiciamiento de una persona son las siguientes:

- a) A pesar de que el proceso pueda haber concluido o que todavía se encuentre en plena tramitación se observa el propósito de sustraer a la persona de que se trate de la exigencia de su responsabilidad penal por alguno de los delitos contemplados en el Estatuto de Roma.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Véase en Olásolo Alonso, H., “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 4, enero-junio, una pormenorizada clasificación de criterios para la determinación de la admisibilidad de una situación de crisis.

<sup>39</sup> Obviamente, como señala *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, cit.*, p. 14: “To demonstrate ‘unwillingness’ may be technically difficult (likely involving inferences and circumstantial evidence) and politically sensitive (amounting to an accusation against the authorities)”. Es importante destacar que la falta de disposición, conforme a estos mismos expertos, no tiene que basarse en el resultado del proceso: “on *procedural* and *institucional* factors, nor the substantive outcome”, pues de lo contrario podrían derivarse graves complicaciones.

<sup>40</sup> Como bien señala Tallgren, I., en Trifferer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, p. 434: “Criminal proceedings that have been conducted in a wholly appropriate manner may turn into a *de facto* sham trial at the stage of enforcement”.

- b) Aun habiéndose iniciado un proceso penal en contra de una determinada persona, existe una demora injustificada en su tramitación, que aparece como incompatible con la intención de exigir realmente su responsabilidad.
- c) Dadas las circunstancias del proceso interno que se está desarrollando o que ha finalizado ya, se advierte que no se ha sustanciado de una manera independiente o imparcial, sino de una forma incompatible con una verdadera intención de hacer comparecer ante la justicia a la persona de que se trate.

Naturalmente, para proceder a esa concreción, además de las circunstancias del caso que la Corte ya conozca, podrá también tener en cuenta la información que el Estado implicado ponga en su conocimiento; por ejemplo, argumentando que sus tribunales reúnen las normas y estándares internacionales reconocidos para el enjuiciamiento 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 (regla 51, RPP).

Por lo que se refiere a los supuestos de incapacidad para investigar o enjuiciar un determinado asunto por parte de los tribunales nacionales, también a efectos de determinar si es necesario o no poner en marcha la actividad jurisdiccional concreta de la CPI, es preciso examinar si el Estado no puede hacer comparecer al imputado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o, por otras razones, no está en condiciones de llevar a cabo el juicio, todo ello por la situación de colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella. Estamos refiriéndonos, por ejemplo, a casos de situación de guerra generalizada en el territorio de un país. Se eliminó finalmente con buen criterio la referencia a las situaciones de colapsos meramente parciales, pues obviamente no impiden por definición en todos los casos que puedan llevarse a cabo procesos penales con todas las garantías y en los que no aparezcan infecciones por el virus de la impunidad.<sup>41</sup>

En directa relación con la conformación del principio de complementariedad de la CPI con respecto a las jurisdicciones nacionales se encuentra el artículo 20, ECPI, relativo a la cosa juzgada y situado en la parte II

<sup>41</sup> En general, sobre los indicios tanto de falta de voluntad como de incapacidad para llevar a cabo genuinamente un proceso es muy interesante la lista contenida en el anexo 4 del *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, cit., pp. 28-31.



del Estatuto, que se dedica, como sabemos, a regular la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable en la CPI. Dada la concurrencia de dos niveles en los procesos sobre delitos del ámbito competencial de la CPI, el internacional y el nacional, ha sido preciso determinar los efectos de cosa juzgada con respecto a ambos, aunque con significativas excepciones con respecto a uno de ellos.

En primer lugar, en el nivel internacional, es decir, por lo que se refiere a las conductas constitutivas de delitos por los cuales ya hubiera resultado una condena o una absolución por la Corte —aunque no lo diga expresamente, se entiende que se requiere la firmeza de la resolución sobre el fondo—, no será posible un nuevo enjuiciamiento ante la misma Corte —impropiamente, desde la perspectiva de nuestra terminología tradicional se utiliza la expresión “nadie será procesado”, que debe entenderse de forma absolutamente amplia y no con relación a la institución prevista en el artículo 384, LECrim—. Ello será así, en tanto no se proceda conforme al artículo 84, ECPI, a la revisión del fallo condenatorio o de la pena.

En segundo lugar, el Estatuto también se preocupa de establecer los efectos de cosa juzgada material poniendo en relación ambos niveles de jurisdicción, y por supuesto en ambos sentidos, aunque con distinta intensidad. Por lo que se refiere a los efectos de las sentencias de la Corte respecto a las jurisdicciones nacionales, es también sencilla la regla: simplemente los Estados partes acuerdan que nadie será enjuiciado (el término utilizado en la versión española es de nuevo “procesado”) por otro tribunal en razón de uno de los delitos del ámbito de la CPI por el cual esta institución ya les haya condenado o absuelto.

La importante relativización del efecto de cosa juzgada ocurre en sentido contrario, en plena concordancia con la configuración del principio de complementariedad ya aludido, como rasgo definitorio de la posición de la Corte respecto a la jurisdicción de los Estados partes.<sup>42</sup> En efecto, como consecuencia de la vigencia de este principio es absolutamente necesario que no se respete siempre la “santidad” de la cosa juzgada: habrá

<sup>42</sup> En la monografía del profesor S. García Ramírez, *La Corte Penal Internacional*, 2a. ed., México, p. 12 —cuya lectura me fue muy amablemente sugerida por el profesor Vázquez Sotelo— se afirma lúcidamente: “¿Se pierde soberanía? Veámoslo desde otra perspectiva: se ejerce soberanía. El pacto social de Rousseau absorbió libertades particulares. De lo contrario éstas no existirían, arrolladas por el vendaval de la fuerza. Así también los pactos internacionales —no los impuestos, sí los verdaderamente consentidos— y sus consecuencias, algunas de ellas jurisdiccionales”.

determinadas circunstancias cuya concurrencia va a permitir desconocer el proceso penal interno y la sentencia firme que en él haya recaído si uno u otra no se han ajustado a los parámetros que el propio Estatuto define a efectos de calibrar si la Corte debe entrar a conocer complementariamente de un determinado asunto.<sup>43</sup>

Por tanto, la regla general, también por lo que se refiere a la determinación de los efectos de cosa juzgada material de las sentencias de un determinado Estado, sea o no parte del ECPI, nos dice, conforme al artículo 20, ECPI, que la Corte no podrá enjuiciar a nadie (de nuevo “la Corte no procesará...”) que haya sido enjuiciado (“procesado”) por otro tribunal en virtud de los artículos 6, 7 u 8, ECP.<sup>44</sup> Pero en consonancia con lo establecido en el artículo 17.1.c), ECPI, cuando, a pesar de haber procedido al enjuiciamiento de una determinada persona se haya demostrado la falta de disposición de exigirle verdaderamente su responsabilidad por haber cometido delitos especialmente graves de los que se encuentran en el ámbito material de la CPI, va a tener que ceder la regla general, y con ella el efecto de cosa juzgada material derivado de las sentencias internas.<sup>45</sup>

Específicamente se establece que ello deberá ocurrir cuando el proceso interno simplemente ha obedecido al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por este tipo de delitos;<sup>46</sup> o cuando se consta-

<sup>43</sup> Como dice González Cueva, E., “El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y algunas de sus consecuencias en el ámbito interno”. [http://www.iccnw.org/espanol/ponencias/Gonzalez\\_Cueva.pdf](http://www.iccnw.org/espanol/ponencias/Gonzalez_Cueva.pdf), p. 4: “la cosa juzgada debe ser genuina”. Véase al respecto *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, cit., p. 8.

<sup>44</sup> En este sentido Nieva Fenoll, J., *La cosa juzgada*, Barcelona, 2006, p. 119, recuerda: “El principio básico del que parte el concepto de cosa juzgada es el siguiente: Los juicios sólo deben realizarse una vez. De donde se deriva que la cosa juzgada consiste en una prohibición de reiteración de juicios. Ese fue el postulado en época de Hammurabi, ese era el postulado en época romana, y ese es y seguirá siendo el postulado del que la cosa juzgada partirá en todo caso”.

<sup>45</sup> En este sentido, en general Rodríguez, J. L. y Villasante, J. L., “Hitos y experiencias de la justicia penal internacional”, *Hacia una justicia internacional*, Madrid, Abogacía General del Estado, 2000, p. 305, acertadamente afirma que “La razón estriba en prevenir posibles fraudes de la ley penal internacional”. Pero es cierto, como dice Salado Osuna, A., “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los derechos humanos”, en Carrillo Salcedo, J. L. (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000, p. 287, que el artículo 20 provoca cierta confusión, tanto por los términos en que está redactado como por su ubicación sistemática.

<sup>46</sup> Narra Holmes, J. T., “The Principle of Complementarity”, en Lee, R. S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, The Hague, 1999, pp.

ta que no ha sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiera sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.<sup>47</sup>

Naturalmente, es esencial a este respecto la determinación de quién decide, y a pesar de los diversos debates y negociaciones previas a la aprobación del ECPI, en la redacción definitiva quedó claro que es la propia Corte la que tiene la última palabra. Se ha afirmado incluso que de no haberle permitido a la Corte examinar la verdadera efectividad del proceso interno hubiera socavado la propia institución.<sup>48</sup>

Estas consideraciones plantean, sin embargo, desde el punto de vista de los ordenamientos internos, alguna cuestión fundamental, que no puede ser menospreciada. Es preciso recordar la dimensión constitucional del efecto de cosa juzgada y su reiterada vinculación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así, por ejemplo, la STC 48/1999, del 22 de marzo, señalaba:

Es doctrina reiterada de este Tribunal que el principio de invariabilidad, intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), como sobre todo del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.), habida cuenta de que “este derecho asegura a los que han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello”.

58-59, que “The most controversial part of the negotiations on *ne bis in idem* related to a proposal to allow the Court to try a person previously convicted if that person was subsequently pardoned, paroled or had their sentence commuted”.

<sup>47</sup> Knoops, J. A., *An Introduction to the Law of International Criminal Tribunals. A comparative Study*, Nueva York, 2003, p. 108, señala que el artículo 20.3, ECPI, “opens for the defence a wider margin compared to its counterpart the Article 10 (2) of the ICTY statute. Unlike the latter provision, in Article 20 (3) it is not the judicial qualification but ‘the same conduct’ that is conclusive for *ne bis in idem*”. Aparece en este punto excesivamente limitada la propuesta legislativa del apartado tercero del artículo 15 del *Proyecto de Ley Orgánica de cooperación jurídica internacional en materia penal* (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 61-1, 28 de mayo de 1997), cuando en relación con el principio *non bis in idem* establecía: “no se entenderá violado este principio, en relación a las sentencias dictadas por un Tribunal Penal Internacional y otro nacional, si las tipificaciones fueran distintas”.

<sup>48</sup> Williams, S. A., “Article 17...”, *cit.*, p. 386.

El derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 C.E. “actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad” (SSTC 23/1994, fundamento jurídico 1, y 19/1995, fundamento jurídico 2, con cita de otras muchas).<sup>49</sup>

Se nos plantea, por tanto, en nuestro ordenamiento —y evidentemente con toda probabilidad de manera similar en los de los demás Estados partes— una importante antinomia con directas consecuencias constitucionales: por un lado, la vigencia del principio de cosa juzgada como una de las manifestaciones de la seguridad jurídica y de la efectividad de la tutela judicial, y por otro, la necesidad, desde la perspectiva internacional, de

<sup>49</sup> También conforme a la STC 135/2002, del 3 de junio: “Las violaciones de los principios de seguridad jurídica, congruencia de las decisiones judiciales y cosa juzgada son todas ellas reconducibles al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE y, por tanto, protegibles por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo siempre que puedan conectarse con ese derecho fundamental”. En sentido similar la STC 156/2002, del 23 de julio: “Es evidente, y así lo hemos declarado en numerosas ocasiones, la estrecha conexión entre el principio de seguridad jurídica y la garantía procesal de la cosa juzgada material, llegando incluso a afirmar que esta garantía procesal o principio esencial del proceso encuentra su fundamento en aquel principio constitucional (por todas, STC 185/1990, del 15 de noviembre, F. 6). Sin embargo, no es menos cierto que el principio de seguridad jurídica, en cuanto se encuentra proclamado en el artículo 9.3 CE, no es «per se» susceptible de protección a través del recurso de amparo constitucional, por no estar incluido en el ámbito de protección propio de éste, de conformidad con lo establecido en el artículo 53.2 CE (STC 305/2000, de 11 de diciembre, F. 2), lo que en modo alguno ha constituido obstáculo para que este Tribunal Constitucional haya venido considerando de manera reiterada la garantía procesal de la cosa juzgada material como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE (STC 106/1999, de 14 de junio, F. 3)”.

Por último, también el ATC 244/ 2003, del 14 de julio: “En este sentido, tiene declarado este Tribunal que los principios de seguridad jurídica y legalidad procesal (arts. 9.3 y 117.3) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, pues la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por Sentencia firme en cualquier circunstancia (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, y 189/1990, de 26 de noviembre). Este efecto puede producirse tanto con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada, como en los casos en que se desconoce lo resuelto por Sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de dependencia, aunque no se pueda apreciar el efecto mencionado en el artículo 1252 CC (STS 151/2001, de 2 de julio)”.

relativizar en ocasiones ese efecto fundamental para evitar impunidades o, lo que en el fondo sería lo mismo, la imposición de sanciones penales excesivamente leves por la comisión de alguno de los delitos especialmente graves que contemplan los artículos 5 y ss., ECPI.

En realidad, la antinomia se da propiamente en el ámbito interno desde el momento en que el artículo 20.3, ECPI, ha entrado a formar parte de nuestro ordenamiento, y operaría, en principio, respecto a los procesos por delitos contra la comunidad internacional previstos en los artículos 607 a 614, CP. Cualquier sentencia española, incluidas las sentencias firmes, podría ser dejada sin efecto en cumplimiento del compromiso internacional que obliga a España tras la ratificación del ECPI, en virtud de la vigencia de su artículo 20.3.

Como ya ha observado la doctrina,<sup>50</sup> este problema puede tener muy fácilmente consecuencias no deseadas en el ámbito de la cooperación del Estado parte con la CPI en uno de estos procesos en que se ha desconocido el efecto de cosa juzgada material de una resolución interna. Pese a la obligación de cooperar plenamente con la Corte, es difícilmente previsible que los órganos jurisdiccionales internos cooperen, por ejemplo, deteniendo o manteniendo en prisión provisional a un determinado imputado por un proceso ante la Corte por los mismos hechos por los cuales ya fue absuelto en un proceso interno o condenado, habiendo cumplido ya la condena impuesta.

Además, existe una importante agravante ante todo ello dada la utilización de conceptos jurídicamente indeterminados como criterios que permiten poner en marcha un nuevo proceso, esta vez internacional, sobre hechos ya enjuiciados y sentenciados por los órganos jurisdiccionales internos. Efectivamente, como la concreción de los casos en que el proceso interno ha obedecido “al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal” o no ha sido “instruido en forma independiente o imparcial” por mucho que se haga referencia a los parámetros internacionales al respecto, pues también se relaciona con la concurrencia de circunstancias concretas que denoten la incompatibilidad “con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Olásolo Alonso, H., *Corte Penal Internacional*, cit., p. 230.

<sup>51</sup> Es este un problema general que se manifiesta en diversos puntos del ECPI y que, con buen criterio, es valorada por Olásolo Alonso, H., *Corte Penal Internacional*, cit., p. 231, de la siguiente forma: “la ambigüedad con la que han sido definidas las causales

Para intentar salvar la contradicción legal antes aludida podría resaltarse la específica vía seguida para la ratificación del Estatuto y afirmar, en consecuencia, que la cesión de potestades derivadas de la Constitución por la vía del artículo 93, CE, incluiría también la cesión de la potestad de enjuiciar de nuevo ciertas conductas delictivas en el ámbito de competencias de la CPI, cuando se cumplan las circunstancias del artículo 20.3 y la Corte así lo constate expresamente, dando lugar a la admisibilidad de un asunto. La duda está en si ello debiera haber implicado además seguir la vía del artículo 95, CE, pues no estamos simplemente ante un caso de cesión de potestades constitucionales, sino que ello implica además la celebración de un tratado que relativiza el efecto de cosa juzgada material como elemento constitutivo de un principio y de un derecho fundamental recogido en la propia Constitución, y si ello es así, debería haber conllevado la previa revisión constitucional, como ocurrió en Francia o en Bélgica.<sup>52</sup>

que dan contenido a la noción de ‘falta de disposición’ de los Estados actuantes proporciona a la CPI una cierta discrecionalidad que pudiera compensar la amplia definición de los ámbitos personal y temporal del principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, este aparente equilibrio se ha llevado a cabo a base de generar una considerable inseguridad jurídica sobre la eficacia de las actuaciones de las jurisdicciones nacionales, especialmente de sus resoluciones firmes”.

<sup>52</sup> Es preciso tener en cuenta la declaración del TC español del 1 de julio de 1992 (ponente: Vicente Gimeno Sendra) cuando expresaba que “tampoco el artículo 93 de la Constitución se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental, pues, ni tal precepto es cauce legítimo para la ‘reforma implícita o tácita’ constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del Tratado, de los imperativos constitucionales... En virtud del artículo 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir ejercicio de ‘competencias derivadas de la Constitución’, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una ‘competencia’ cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto. Esta es la conclusión que impone el dictado del artículo 95.1, sin que sea ocioso recordar que la operación consistente en excepcionar enunciados constitucionales a través de un Tratado, quebrando así la generalidad de las disposiciones de la Constitución, llegó a ser planteada, y no fue acogida, en el proceso constituyente”.

A diferentes conclusiones llega curiosamente la DTC 1/2004, del 13 de diciembre, en relación con algunos artículos del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, a pesar de partir de constataciones parecidas: “... la cesión constitucional que

Entendemos que una vez resuelto este importante problema constitucional se habría incluido, a través de una norma con rango superior a la ley, una nueva vía —ciertamente insegura— para la rescisión de estados jurídicos ya consolidados por sentencia firme. En este sentido, en un Estado monista como el nuestro en cuanto a las relaciones entre el derecho internacional y el ordenamiento interno, el artículo 20.3, ECPI, una vez publicado en el *BOE* —insisto, si no hubiera problemas de constitucionalidad— debería colocarse idealmente junto al proceso de revisión penal (artículos 954 y ss., LECrim) y a la vía de la nulidad de sentencias firmes (artículo 241, LOPJ) como otra vía más a estos efectos.<sup>53</sup> Otra co-

el artículo 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propio (artículo 10.1 CE)". Más coherente me parece, sin embargo, la posición del voto particular del magistrado Delgado Barrio, al defender en la línea de la Declaración de 1992, que "la actual literalidad del artículo 93 no permite que el ejercicio de las competencias a las que se refiere dicho precepto pueda servir para apartarse de la Constitución". Véase las consideraciones críticas de Díez Moreno, F., "Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa", *La Ley*, 4 de mayo de 2005, pp. 1 y ss.

<sup>53</sup> Olásolo Alonso, H., *Corte Penal Internacional*, cit., pp. 223-226, se plantea desde una perspectiva exclusivamente nacional la viabilidad de la vía de la revisión y de la nulidad para privar de efectos a las sentencias nacionales en caso de que la CPI las hubiera considerado ineficaces a efectos del ECPI, y tras diversas consideraciones entiende que sería mucho más adecuada la utilización del mecanismo de la nulidad que el de la revisión. A esta conclusión llegamos nosotros en nuestra monografía sobre *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, 1997, aunque en ese caso el CEDH nada prevé respecto a la relativización de las sentencias internas, sino que viene a establecer una obligación de resultado para los Estados, que deberán encontrar los medios para la efectividad de lo declarado en las sentencias de Estrasburgo. Aquí, en cambio, como acabamos de exponer en el texto, las circunstancias son distintas: el propio ECPI prevé que ante determinadas situaciones puede iniciarse un proceso penal internacional desconociendo el efecto de cosa juzgada interna, y eso lo prevé como disposición no sólo de derecho internacional convencional, sino también como disposición directamente presente en nuestro derecho interno (*BOE* del 27 de mayo de 2002), que procede a relativizar directamente las resoluciones firmes de ciertos procesos penales españoles (los que se desarrollen en el ámbito material de los artículos 6, 7 y 8, ECPI) a expensas de que la CPI pueda declarar su ineficacia al proceder a la admisión de un asunto ya enjuiciado a nivel interno. Tiene razón Olásolo en que la inexistencia de plazo límite

sa es que hubiera convenido por mera seguridad jurídica y mayor comodidad en el trabajo de los aplicadores jurídicos que la LOCCPI hubiera hecho concreta acogida de esta posibilidad.

Conviene precisar, por último, que a lo largo del proceso penal internacional son diversas las ocasiones en las que puede darse tratamiento procesal a la concurrencia de la circunstancia que estamos examinando en este punto. Así, pues, del artículo 17.1.c) se desprende la apreciación de oficio por la CPI, pero también el apartado segundo del artículo 19 viene a configurar, entre otras, la posibilidad de que un Estado que tenga jurisdicción en la causa porque la ha enjuiciado pueda impugnar su admisibilidad, y esta alegación podrá hacerse, de modo excepcional, incluso una vez iniciado el juicio penal internacional, con la autorización de la Corte (artículo 19.4, ECPI).

Finalmente, en cuanto al imputado hay que fijarse en dos artículos que operan en el mismo sentido: por un lado, el ya mencionado apartado segundo del artículo 19, ECPI, permite alegar este motivo de inadmisibilidad por el “acusado o persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia con arreglo al artículo 58”; por otro lado, el artículo 89.2, ECPI, contempla la posibilidad de que la persona cuya entrega se pide a un determinado Estado plantee la excepción de cosa juzgada ante los tribunales internos encargados de decidir sobre su entrega a la Corte.

para ello es otro de los puntos críticos de la regulación del Estatuto de Roma si se tiene en cuenta además la característica imprescriptibilidad de las infracciones criminales a las que nos estamos refiriéndonos en estas páginas.