

La complementariedad del Estatuto de Roma y soberanía del Estado

Autor: Iván Bazán Chacón*

Resumen

La presente investigación tiene por objetivo responder a la interrogante de si son excesivas las atribuciones que los Estados han concedido a la Corte Penal Internacional (CPI) al permitir que ejerza justicia penal y si tal medida no significa el fin de su soberanía. Igualmente, sin desconocer que surgen diversos problemas de relacionamiento entre dicho órgano judicial internacional y los Estados, se desarrollan ciertas ideas que moderan esa primera impresión. Ello permite examinar las reglas consensuadas en las normas correspondientes del Estatuto de Roma, en las que además de los criterios y estándares existentes en Derecho Internacional, en particular relacionados al debido proceso, se circunscribe específicamente las situaciones en las que afirmando la regla general del deber de intervención de la justicia penal de los Estados, podría actuar la CPI. Tal habilitación se produce cuando verifique que el Estado no desea o no puede investigar o procesar los crímenes internacionales más graves. Finalmente, se reflexiona acerca de las atribuciones del Fiscal y no contaría asimismo con facultades desmesuradas a la luz de que podría definir con excesiva discrecionalidad cuando un caso no obedezca a los “intereses de la justicia”.

* Abogado de nacionalidad peruana. Participante en el Primer *Curso Andino: Corte Penal Internacional y Derecho Penal Internacional*, organizado por la Comisión Andina de Juristas. Las opiniones contenidas en este artículo son de responsabilidad exclusiva de quien las emite y no reflejan necesariamente las opiniones institucionales de la Comisión Andina de Juristas.

1) Introducción

Si la soberanía del Estado es un concepto vigente, ¿son fundadas las objeciones que se formulan al exceso de poder que el Estatuto de Roma le concedería a la Corte Penal Internacional (CPI)? ¿Es una medida irrazonable a la que se arrojan indefensamente los ciudadanos de los Estados parte de la CPI?

El presente artículo busca responder a esas dos interrogantes y brindar al que se acerca al tema de elementos de análisis que le permitan comprender mejor el complejo juego de reglas que ha abierto el establecimiento de la CPI. Sin duda, quienes deseen profundizar en la materia pueden consultar la bibliografía consignada y los materiales que ofrece el Observatorio sobre la Corte Penal Internacional.

El esquema que se seguirá empezará por identificar algunos problemas que surgen de la soberanía del Estado y las atribuciones de la CPI, qué significa la complementariedad de la jurisdicción de la CPI, las reglas para la solución de la concurrencia de jurisdicciones que ofrece el Estatuto de la CPI y las atribuciones del Fiscal para, finalmente, sugerir algunas conclusiones.

2) Los problemas que surgen de la soberanía del Estado y la CPI.

Siguiendo a Cassese se objeta a la CPI que el Estado le ha cedido una de sus manifestaciones de soberanía más importantes, el poder de castigar¹. Dicho así, parece acertada aquella crítica, puesto que un Estado que no administra justicia, queda sin un poder esencial a su razón de ser. Más aún cuando se trata de la justicia penal, aquella que interviene para solucionar la situación producida cuando una persona delinque. Es decir, cuando se desconocen las reglas mínimas de convivencia social. Ahora bien, dicho esto, ¿qué sucede cuando un Estado no ejerce esa atribución?

2.1) El fenómeno de la impunidad y la impunidad de violaciones de derechos humanos.

En las sociedades algunas conductas delictivas por diversas razones no producen la identificación de los presuntos autores ni originan que se persiga a nadie. Pero, en ciertas situaciones se habla de la **impunidad de las violaciones de derechos humanos** como un fenómeno diferenciado de la simple ausencia de castigo, **por omisión deliberada de las instituciones y autoridades competentes del Estado**. No se trata necesariamente de una imposibilidad material. El resultado es el mismo: no hay investigación de los hechos, procesamiento ni sanción a los autores del crimen.

Ante el fenómeno extendido de esta particular impunidad, se ha llegado al consenso de entenderla como la ausencia, *de iure o de facto*, de la imputación de la responsabilidad penal de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de su responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, de modo que aquéllos escapen a toda investigación tendiente a permitir su imputación, su arresto, su juzgamiento y, en caso de reconocerse su culpabilidad, a su condena a penas apropiadas, y a reparar los

¹ Cassese, Antonio. “¿Hay un conflicto insuperable entre soberanía de los Estados y justicia penal internacional”?, EN: Cassese, Antonio y Delmas-Marty, Mireille (editores). *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Bogotá, Editorial Norma, traducción de Horacio Pons, 2004, pág. 19.

perjuicios sufridos por sus víctimas². En un sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado:

“La Corte ha definido la impunidad como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana. El Estado está obligado a combatir esta situación por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.”³

2.2) La respuesta de la comunidad internacional a la impunidad de las violaciones de los derechos humanos respeta la “primera opción” del Estado.

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la organización de las Naciones Unidas existe una respuesta a dicho fenómeno. Pero esa respuesta de la comunidad internacional, a través de los mecanismos diseñados por el Derecho Internacional en los tratados sobre derechos humanos, se activa después de habersele brindado al Estado la oportunidad de remediar la situación por sus propios medios. Dicho de otra manera, **la intervención de los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos es coadyuvante o complementaria de la primera protección del Estado**⁴.

Así como sucede en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), la comunidad internacional, en el Estatuto de Roma ha supuesto que tratándose de la represión de los crímenes más graves de trascendencia internacional, también el Estado interviene (o debe hacerlo) primero.

2.3) La cuestión de la alegada renuncia a la soberanía.

Entonces, ¿es cierto que el Estado que suscribe un tratado renuncia a su soberanía?. Por simple que parezca la pregunta, es mejor responderla, pues servirá para luego abordar otras cuestiones más específicas en relación con el Estatuto de Roma.

Es claro que cuando un Estado suscribe un tratado, se autolimita en su soberanía de forma consciente y voluntaria. No puede aducir después que no sabía cuáles eran sus obligaciones. La limitación en algunos ámbitos de sus competencias no significa en modo alguna renunciar a la propia soberanía. Más bien, la propia comunidad internacional se estructura a partir de los Estados, cada uno de los cuales ejerce su soberanía en los asuntos que son propios de cada colectividad. A su vez, los tratados contienen las formas y mecanismos a través de los cuales los propios Estados podrían también formular modulaciones a sus obligaciones internacionales, tales como las

² Documento ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 de 2 de octubre de 1997. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías de las Naciones Unidas.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fecha 12 de septiembre de 2005 en el caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, párr. 95. Serie C 132.

⁴ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, art. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, segundo párrafo del Preámbulo y art. 46.1.a; García Ramírez, Sergio. *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma*. EN: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. IV, año 2004, págs. 159-160.

declaraciones y las reservas. Por consiguiente, existe libertad y autonomía de cada Estado para decidir si suscribe o no un tratado internacional.

En materia de la protección internacional de los derechos humanos, la regla sigue siendo que el Estado nacional actúa primero, lo cual vale tanto para las intervenciones de los organismos de supervisión creados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que es materia del Derecho Penal Internacional⁵. Ello se desprende del párrafo décimo del Preámbulo del Estatuto de Roma⁶ y del art. 1 del mismo texto⁷.

Entonces, cuando se crea el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), los Estados de la comunidad internacional discutieron abiertamente la necesidad de un mecanismo judicial más allá de cada uno de ellos, con carácter permanente, para conocer y juzgar los crímenes más graves contra la comunidad internacional (art. 1 del ECPI). Tal decisión no ignora que el proceso seguido para que se llegue a tal consenso fue complejo y no exento de tensiones y resistencias “entre una lógica de justicia penal internacional y una lógica de soberanía”⁸

2.4) Afectación y no supresión de la soberanía estatal.

Es cierto que autores como Cassese acusan recibo de la crítica a la anunciada renuncia a la soberanía estatal, pero matizando dicha posición, admite que sí se produce una “erosión” a la soberanía del Estado, apoyándose en que en el Derecho Penal Internacional, el mecanismo para poner a disposición del tribunal penal internacional ya no es la extradición, que supone la relación entre Estados iguales entre sí, sino la entrega del procesado, que supone una relación jerárquica entre el Estado y el tribunal internacional y que cada vez más se limita la legislación de los Estados en el tema de la amnistía que está dejando de ser una institución que impedía la investigación y procesamiento de ciertos crímenes internacionales, citando para tal efecto como un precedente al caso Barrios Altos resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁹

Está en la base de la Corte Penal Internacional (CPI) que los propios Estados se autolimitan en el plano judicial penal si se trata de los delitos más graves, siempre y cuando se apliquen el principio mencionado de la **complementariedad**.

⁵ Entendido como “el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales” (Ambos, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Montevideo, Konrad Adenauer-Stiftung E.V., 2005, pág. 34). Para otros autores, como San Martín, sería más bien el Derecho Internacional Penal, siguiendo a Beling. San Martín Castro, César. *Los principios de legalidad penal y de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, EN: Salmón, Elizabeth (Coordinadora). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales, 2001, pág. [105].

⁶ “Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

⁷ “Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“La Corte”).

La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (...).”

⁸ Kirsch, Philippe. *La Corte Penal Internacional frente a la soberanía de los Estados*, EN: Cassese, Antonio y Delmas-Marty, Mireille (editores). *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Bogotá, Editorial Norma, traducción de Horacio Pons, 2004, págs. 43-44.

⁹ Cassese, Op. cit, págs. 19 a 25.

Este proceso no ha sido inmediato ni sencillo. Los mecanismos internacionales de intervención han ido evolucionando en el DIDH desde la creación de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, hasta la formulación de tratados con mecanismos específicos para su supervisión, que incluyó informes generales pero también la tramitación de comunicaciones individuales. En tales casos e instituciones convencionales y no convencionales¹⁰, no podía invocarse que las cuestiones de derechos humanos eran asuntos de exclusiva potestad interna. El llamado dominio reservado de los Estados¹¹ ya no se integra por las materias de derechos humanos.

Los precedentes como el intento de juzgamiento del Kaiser Guillermo II de Alemania indican que ya desde el fin de la Primera Guerra Mundial se intentó que intervenga la comunidad internacional para conocer y juzgar las conductas que parecían más graves¹².

Algunos tratados como el formulado sobre “Prevención y represión del terrorismo” y el de “Creación de un Tribunal Internacional” en el año 1937, nacidos en Ginebra idearon la conformación de un tribunal penal internacional, que por la II Guerra Mundial no pudieron entrar en vigor¹³.

En el mismo sentido, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de fecha 9 de diciembre de 1948, se incluyó la opción de su conocimiento y juzgamiento por un tribunal penal internacional (art. VI¹⁴).

Mientras que ello se materializara, los Estados nacionales se han obligado a reprimir ciertas conductas¹⁵.

2.5) La obligación de penalizar ciertos crímenes internacionales.

De lo afirmado anteriormente se desprendería que existe un deber de los Estados de activar su sistema de justicia penal frente a las violaciones de derechos humanos que se produzcan en su territorio. Ahora bien, ¿se trata de una obligación expresa o implícita?.

Es claro que se trata de una obligación expresa en los casos de la Convención sobre Genocidio ya citada en los párrafos precedentes, pues el artículo VI prescribe el juzgamiento de las personas acusadas de genocidio o de los otros actos como la asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa y la complicidad en el genocidio (art. III). Igualmente, en la Convención

¹⁰ Es decir, originadas en tratados internacionales o en base a otros acuerdos que no revisten esa particular forma de generar obligaciones internacionales, tales como el ser parte de órganos interestatales como la Asamblea General de las Naciones Unidas o la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

¹¹ “ (...) sería aquel de las actividades estatales en donde la competencia del Estado no se encontraría vinculada o determinada por el derecho internacional”, Gómez-Robledo Verduzco, Alonso. *Jurisdicción interna, Principio de No Intervención y Derecho de la Injerencia Humanitaria*, EN: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 76. México, Enero-Abril 1993, párrafo VI, EN: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/76/art/art3.htm> consultada el 4 de abril de 2008.

¹² Quintano Ripollés, Antonio. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto “Francisco de Vitoria”, 1955, Tomo I, págs. 400-403.

¹³ Quintano Ripollés, Antonio. Op. Cit., págs. 300-305.

¹⁴ “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

¹⁵ Herencia Carrasco, Salvador (Coordinador). *La Corte Penal Internacional y los países andinos*. Lima, Tercera Edición, Comisión Andina de Juristas, febrero de 2007, pág. 19.

contra la Tortura de las Naciones Unidas, el art. 4.1, citado por Herencia¹⁶ contiene la obligación de tipificar todos los actos de tortura y de reprimir la tentativa y la complicidad en ese delito (arts. 4.1 y 5 de dicho tratado).

En adición, la Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *Apartheid* de fecha 30 de noviembre de 1973, en su art. IV.a) señala que los Estados Partes se obligan a adoptar medidas legislativas o de otro orden que sean necesarias para reprimir el crimen de *apartheid*. Asimismo, el art. IV.b) de dicha Convención obliga a que, entre otras medidas, se adopten las de tipo judicial para perseguir, enjuiciar y castigar a las personas responsables o acusadas de cometer el citado delito.

A mayor abundamiento, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de las Naciones Unidas, contiene en el art. 4 el deber de declarar como acto punible conforme a ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial. Asimismo, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en los párrafos primero y segundo de su Preámbulo enuncian las diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de su Consejo Económico y Social relativas al castigo de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Los tratados regionales americanos contra la Tortura y sobre Desapariciones forzadas, cuentan con disposiciones similares relativas al deber de penalizar tales conductas¹⁷.

A partir de tales tratados, en Derecho Internacional se ha expresado:

La fórmula “extraditar o juzgar” (en latín “*aut dedere aut judicare*”) se utiliza comúnmente para designar la obligación alternativa concerniente al presunto autor de una infracción, “... que figura en una serie de tratados multilaterales orientados a lograr la cooperación internacional en la represión de determinados comportamientos delictivos.”¹⁸

Este principio de extraditar o juzgar:

“(...) es fundamentalmente una adaptación moderna de la frase *aut dedere aut punire* utilizada por Grocio en ‘De Jure Belli ac Pacis’ para describir el derecho natural de un Estado lesionado a imponer el castigo, ya sea por sí mismo o por conducto del Estado que alberga al sospechoso (...). La expresión moderna, sin embargo, parece adaptarse mejor al significado contemporáneo, ya que, en términos estrictos, no implica una obligación de ‘castigar’ sino más bien de juzgar o enjuiciar, o incluso sólo de ‘adoptar medidas para el enjuiciamiento’”¹⁹

Es de precisar que no existen disposiciones expresas semejantes al deber de investigar en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni en la

¹⁶ Herencia Carrasco, Salvador, Op. Cit. Pág. 126.

¹⁷ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, arts. 4 y 8, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, arts. III y IV.

¹⁸ Galicki, Zdzislaw. *Informe preliminar sobre la obligación de investigar o juzgar (“aut dedere aut judicare”)* presentado por el Relator Especial a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, documento A/CN.4/571 de fecha 7 de junio de 2006, en el 58° período de sesiones, pág. 2.

¹⁹ Galicki, Zdzislaw, Informe cit., pág. 3, mencionado una cita de N. Larsaeus, “The Relationship between Safeguarding Internal Security and Complying with International Obligations of Protection. The Unresolved Issue of Excluded Asylum Seekers”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 73 (2004), págs. 69 a 97.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. En cambio, si existe la obligación general de respetar los derechos previstos en dichos instrumentos y la obligación de hacerlos respetar y garantizarlos. En el caso de la disposición del Pacto, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que la obligación prevista en el art. 2.3 del Pacto²⁰ en concordancia con el art. 7 sobre prohibición de la tortura y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se extiende al procesamiento de los actos de tortura²¹.

Los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también se refieren al deber de garantía previsto en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la obligación del Estado de investigar las violaciones de derechos humanos tales como las desapariciones forzadas²².

En el caso del art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³, la obligación de carácter general de respetar los derechos y de hacerlos respetar y garantizar ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido que comprende la obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por el citado instrumento²⁴. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CDH) se ha explicado el sentido de la obligación de investigar y sancionar así como del deber de adoptar medidas²⁵.

²⁰ Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

²¹ Observación General 20 (art. 7) que reemplaza a la Observación General 7, aprobada en el 44º período de sesiones, 1992, párrafo 14:

El artículo 7 debe interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.

En sus informes, los Estados Partes deberán indicar cómo sus legislaciones garantizan efectivamente el cese inmediato de todo acto prohibido por el artículo 7, así como la concesión de una reparación adecuada. El derecho a presentar denuncias contra los malos tratos prohibidos por el artículo 7 deberá ser reconocido en derecho interno. Las denuncias deberán ser investigadas con celeridad e imparcialidad por las autoridades competentes a fin de que el recurso sea eficaz. Los informes de los Estados Partes deberán proporcionar información concreta sobre los recursos de que disponen las víctimas de malos tratos y sobre los procedimientos que deban seguir los demandantes, así como datos estadísticos sobre el número de denuncias y el curso que se ha dado a las mismas.

²² Documento ONU CCPR/C/56/D/540/1993, Dictamen de fecha 25 de marzo de 1996 en la Comunicación N° 540/1993, 56 período de sesiones, Celis Laureano c. Perú, párrs. 9 y 10.

²³ **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos**

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 29 de julio de 1998 en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párrafo 166, citado por Herencia, Op. Cit., pág. 127.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fecha 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párrafos 174:“ (...) el Estado está en el deber jurídico de (...) investigar seriamente con los medios a su

Entonces, que la CPI cuente con una jurisdicción complementaria no sorprende a nadie pues el propio sistema de protección internacional de los derechos humanos es complementario al deber de intervención de los Estados nacionales, como se demuestra con las normas mencionadas y la aplicación de las mismas descrita en las líneas precedentes. Ahora bien, ello desde la perspectiva del DIDH.

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) también obliga a reprimir según los Convenios de Ginebra, como dispone el art. 1 común. Siguiendo a Cassese,²⁶ existe la obligación del Estado de investigar y juzgar graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, como forma de respetar y hacer respetar las Convenciones de Ginebra de 1949, como resolvió la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua en 1986. Asimismo, en su Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza del uso de armas nucleares, el mismo Tribunal consideró que los principios fundamentales de las Convenciones de Ginebra constituyen Derecho Internacional Consuetudinario y no queda duda que entre esos principios se encuentra el de activar el sistema de justicia penal para la protección de dichos tratados. Es decir, ahora según la Corte Internacional de Justicia, existe una obligación consuetudinaria respecto a las graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario relativa al deber de investigar a los sospechosos y de llevar a juicio a los imputados de tales graves infracciones a los Convenios mencionados.

Prosigue Cassese analizando que existe también una obligación general de cooperación internacional respecto de los crímenes de genocidio y contra la humanidad,²⁷ lo cual implica el deber de instaurar los mecanismos judiciales apropiados y otros procedimientos pertinentes para la represión universal de tales crímenes. Para esta afirmación, el destacado autor se apoya en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Convención sobre Genocidio de 1951 y la vertida sobre la Aplicación de la Convención sobre Prevención y castigo del crimen de Genocidio emitida en 1996²⁸.

Las reflexiones precedentes contribuyen a demostrar el deber primario de los Estados de aplicar su justicia penal. Más aún, los Estados eran los únicos llamados a aplicar la represión de las conductas contrarias al DIH pues no existía el tribunal penal internacional para hacerlo, hasta la conformación de los Tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda en la década de los 90, por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y ahora, con la CPI. Es decir, se puede sostener que el principio de la

alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación” y 176: “El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”. Véanse también las sentencias expedidas en los casos Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, de fecha 10 de julio de 2007, párrs. 131, 189 y 190; Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, de fecha 25 de noviembre de 2006, párrs. 255 y 256; Ximenes Lopes vs. Brasil, de fecha 4 de julio de 2006, párrs. 147 y 148; Masacres de Ituango vs. Colombia, de fecha 1 de julio de 2006, párrs. 296 y 297; Almonacid Arellano y otros vs. Chile, de fecha 26 de setiembre de 2006, párrs. 110 y 111; Goiburú y otros vs. Paraguay, de fecha 22 de setiembre de 2006, párr. 129; La Cantuta vs. Perú, de fecha 29 de noviembre de 2006, párr. 160.

²⁶ *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2003, páginas 302-303.

²⁷ Op. Cit., pág. 302.

²⁸ Op. Cit., pág. 303.

obligación del Estado de activar su aparato de justicia penal vale tanto para el delito de genocidio, los delitos contra la humanidad y las graves infracciones al DIH²⁹.

Las fuentes de esta obligación del Estado provienen de los tratados y de normas de Derecho Internacional Consuetudinario. Es preciso mencionar, como puntualiza Herencia, que el ECPI no contiene de manera expresa la obligación de investigar y sancionar los crímenes internacionales, pero menciona el sexto párrafo del Preámbulo del Estatuto³⁰ que lo indica tácitamente pues solo establece la competencia de la CPI para realizar esa labor.³¹

La creación de los tribunales ad hoc y de la CPI revelan, como hecho histórico y político, que la intervención de los Estados nacionales ha sido tardía, deficiente o inexistente, para que sus tribunales actúen y así evitaren descargar o derivar su responsabilidad primaria y esencial a la comunidad internacional.

3) Reglas de solución según el ECPI.

La complementariedad rige el ejercicio de la jurisdicción de la CPI. El Estatuto de Roma reconoce que los Estados tienen la primera responsabilidad y el derecho de perseguir los crímenes internacionales³².

Como explica Herencia³³, la intervención de la CPI se produce:

- a) por la omisión de los Estados de investigar y sancionar los crímenes internacionales de competencia de la CPI.
- b) Por hechos que han sido investigados o juzgados en los Estados y que reúnen especiales características que habilitan la competencia de la CPI.

3.1) La omisión de los Estados de investigar y sancionar los crímenes internacionales.

Se trata de un supuesto muy nítido. La CPI puede ser competente una vez que ha verificado que su eventual conocimiento de los hechos comprende que el Estado concernido o los Estados involucrados no han investigado los hechos delictivos, no han activado su aparato de justicia penal ni tampoco han cumplido con extraditar a una persona que estuviera siendo acusada o procesada de crímenes internacionales que son de competencia de la CPI. En otras palabras, si se verifica una omisión neta del

²⁹ Como indica en una fórmula general, el Principio 19 de la actualización del Conjunto de Principios para combatir la impunidad, realizada por Diane Orentlicher, *Impunity. Report of independent expert to update the Set of Principles to combat impunity*, Diane Orentlicher. *Adendum, Updated Set of Principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*. documento ONU E/CN.4/2005/102/Add. 1 de fecha 8 de febrero de 2005. EN: http://www.swisspeace.ch/typo3/fileadmin/user_upload/pdf/KOFF/12unhcr.pdf consultada el 3 de abril de 2008. Este Principio debe leerse en concordancia con el principio *aut dedere aut judicare* mencionado en el párrafo 2.5, pág. 6 del presente artículo en el sentido que no necesariamente se producirá el resultado de castigar el crimen internacional.

³⁰ “Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

³¹ Herencia Carrasco, Salvador, Op. Cit, pág. 130.

³² Agirre, Xabier (et. al.), *Informal expert paper: The principle of Complementarity in practice*. [The Office of the Prosecutor. The Hague], 2003, 37 págs. EN:

<http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/complementarity.pdf> consultada el 2 de abril de 2008, pág. 3.

³³ Op. Cit., págs. 125-135.

cumplimiento del deber internacional acotado, en atención a lo expresado en el párrafo sexto y décimo del Preámbulo del ECPI y al art. 1 del mismo texto convencional, entonces, se estaría habilitando la competencia de la CPI.

Es de aplicación entonces, según García Ramírez,³⁴ los arts. 12.2.a) y b) en conexión con el art. 13.a y c del ECPI, vale decir, cuando el acto delictivo se ha cometido en el territorio de un Estado parte o el acusado del crimen es nacional del Estado (principios de territorialidad y de nacionalidad). El Fiscal puede recibir una petición por un Estado parte (art. 13.a del ECPI) o emprender una investigación de oficio (art. 13.c ECPI), o también ser referido por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (art. 12.2.a, en interpretación a *contrario sensu* y art. 13.b ECPI).

Como explica Herencia, al aspecto normativo (arts. 5 y 17.1,d ECPI) también se debe sumar al análisis la realidad institucional de la Corte y los aspectos materiales, presupuestales y logísticos que estructuran a la CPI, pues dependerá de los criterios de la Fiscalía la admisibilidad de los casos que lleguen a la Corte, como se explicará más adelante en el punto 5 del presente artículo.³⁵

3.2) Intervención de la CPI por hechos que han sido investigados o juzgados en los Estados.

Esta es la situación que exige un mayor detenimiento, pues la regla es que si ya ha intervenido el Estado, la CPI debe inhibirse. La regla general es que los Estados son los primeros obligados a actuar (sexto y décimo párrafos del Preámbulo del ECPI). Sin embargo, este deber no es laxo. En caso contrario, la CPI estaría diseñada para intervenir en muchos lugares en el mundo y los Estados nacionales retrocederían en su deber primario de investigar y procesar los más graves crímenes internacionales.

El art. 17 ECPI contiene las reglas que orientan respecto a los supuestos en los cuales **no interviene la CPI**. Así, constituyen modalidades de la regla:

- a) Que exista una investigación o enjuiciamiento.
- b) Que haya habido una investigación y se haya decidido no incoar acción penal contra la persona.
- c) Que la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada. Es decir, ya existe cosa juzgada según el artículo 20 párrafo 3 del Estatuto.
- d) Que el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de medidas por la Corte.

Sin embargo, existen excepciones a la regla:

- a) Que exista una investigación o enjuiciamiento, **pero que el Estado no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.**
- b) Que haya habido una investigación y se haya decidido no incoar acción penal contra la persona, **salvo que la decisión haya obedecido a que el Estado no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.**

³⁴ García Ramírez, Sergio, Op. Cit. Pág. 164.

³⁵ Herencia Carrasco, Salvador, Op. Cit., págs. 128-129.

3.2.1) ¿Qué significa la falta de disposición a actuar en un asunto determinado?.

Para dilucidar en qué situaciones la CPI puede evaluar que existe una ausencia de voluntad de activamiento de la administración de justicia penal, el Estatuto en el art. 17, segundo párrafo brinda los siguientes criterios:

- 1) Tendrá en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional (art. 17.2).
- 2) Si existe el propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte (según el artículo 5).
- 3) Si ha habido una demora injustificada en el juicio que resulte incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona ante la justicia.
- 4) Si el proceso no ha sido o no está siendo sustanciado de manera independiente e imparcial y, además, que haya sido o esté siendo sustanciado de forma que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

Dado que aún no existe jurisprudencia de la CPI, los criterios están en construcción, pero será útil recurrir a los conceptos y precedentes existentes en Derecho Internacional, en particular en el DIDH, en DIH y en el Derecho Penal Internacional (DPI), en especial a las decisiones de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda. Ello en cuanto a la observancia de un debido proceso, la demora injustificada en el juicio y en el análisis de los supuestos de actuación judicial no independiente o parcial o para evitar la presentación de la persona investigada o acusada ante la justicia.

Así, Cassese recuerda que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en su art. 11, bis contempla supuestos semejantes, en los que se podría considerar situaciones como la de seguir una investigación o un proceso por un delito común tratándose de hechos que configuran un crimen internacional. Por ejemplo, si se emprende unas indagaciones o hasta proceso por homicidio múltiple sobre hechos que calificarían como genocidio, o si el maltrato a los prisioneros de guerra se investiga como lesiones y no como crimen de guerra. En ambas hipótesis se estaría dejando de lado la dimensión internacional de la afectación de los bienes jurídicos y la gravedad de los delitos³⁶.

Igualmente, la señal de la falta de imparcialidad o independencia de las autoridades o que las investigaciones se encaminen a proteger al sospechoso de su responsabilidad internacional o cuando el proceso no es impulsado diligentemente, lleva a que se pierda la confianza en la conducta de las autoridades nacionales porque buscan proteger al acusado o asumen una actitud condescendiente hacia él. Todo ello impide que la actuación estatal pueda considerarse seria en el cumplimiento de su obligación de investigar y procesar las graves violaciones de derechos humanos que constituyen crímenes internacionales³⁷.

Algunos indicadores que puede emplear la Oficina de la Fiscalía para evaluar si no existe la voluntad de investigar o enjuiciar, son el contar con datos provenientes de un informante o “insider”, la existencia de documentos, correspondencia, órdenes, decretos que evidencien el propósito de proteger a un imputado; la demora en varias etapas del

³⁶ Cassese, 2003, Op. Cit., págs. 349-350.

³⁷ Cassese, 2003, Op. cit., pág. 350.

procedimiento comparándola con la de otros casos de similar complejidad; el grado de independencia de la magistratura, de los fiscales y las agencias de investigación, los procedimientos de designación y de remoción de magistrados; declaraciones públicas de las autoridades de aprobación o condena de los crímenes, los vínculos entre los perpetradores y los magistrados.³⁸

Finalmente, en este punto, el emplear los estándares de derechos humanos por la CPI no la convierten en un tribunal de derechos humanos, más bien su utilización puede ser una herramienta muy valiosa, como sugieren los expertos que la Oficina de la Fiscalía consultó en el año 2003.³⁹

3.2.2) ¿Qué significa la incapacidad de un Estado para investigar o enjuiciar en un asunto determinado?.

Aquí el Estatuto brinda los siguientes elementos (art. 17.3):

- 1) Cuando existe un colapso total o sustancial de la administración nacional de justicia.
- 2) Cuando se carece de una administración nacional de justicia.
- 3) Esta incapacidad se traduce en:
 - a) El Estado no puede hacer comparecer al acusado.
 - b) El Estado no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios.
 - c) El Estado no está en condiciones de llevar a cabo el juicio, por otras razones.

La hipótesis de un colapso total o sustancial de la administración estatal de justicia podría visualizarse, por ejemplo, cuando los aliados ocuparon Alemania al finalizar la Segunda Guerra Mundial, lo cual hacía inviable que el impulso a un procesamiento de los crímenes internacionales se apoyara en la estructura superviviente de ese país, o en el caso de Ruanda, que motiva la decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de establecer un Tribunal Penal Internacional para conocer los delitos de genocidio, de lesa humanidad y las violaciones al art. 3 común a los Convenios de Ginebra y al art. 4 del Protocolo Adicional II. En tales situaciones, era evidente que no podía exigirse a dichos Estados que interviniera su aparato de justicia penal pues ya no existía o estaba esencialmente destruido.

La carencia de una administración nacional de justicia podría configurarse cuando nace un nuevo Estado y requiere de un tiempo y de condiciones materiales y organizativas que no puede afrontar en breve lapso para estructurar un Poder Judicial con los estándares internacionales mínimos que brinden legitimidad a su intervención, máxime si deberá conocer crímenes internacionales.

Los criterios para examinar si se han producido alguna de las dos situaciones, son reveladores en términos objetivos de cuán capaz de intervenir sería la administración de justicia del país concernido. Lo mínimo para que un proceso penal se impulse es que se escuche al imputado. Si no es posible que comparezca, ya sea por propia voluntad o porque no es posible ubicarlo y llevarlo ante el juez o tribunal, ni se pueden acopiar, producir o contar con medios probatorios que sustenten las imputaciones o acusaciones, la investigación o el proceso están condenados de antemano al fracaso.

³⁸ Agirre, Xabier (et. Al.), Doc. cit., págs. 29 y 30.

³⁹ Agirre, Xabier (et. al.), Doc. cit., págs. 8 y 9.

Finalmente, en este punto, el Estatuto se pone en la hipótesis de otras razones (cláusula abierta no especificada) por las que no existan condiciones para llevar a cabo el juicio. Podría ser, por ejemplo, que la polarización de sectores de la población que dificulten o impidan el impulso de la investigación o juicio o la reticencia de la magistratura a definir la situación jurídica del procesado por la presión de la opinión pública, lo que suele suceder cuando está en curso un conflicto armado, interno o internacional.

Algunos indicadores de la falta de capacidad del Estado que podría considerar la Fiscalía son la carencia de personal administrativo, falta de los jueces o fiscales necesarios, la carencia de infraestructura judicial, de legislación penal o procesal penal que genere inaccesibilidad a la justicia, la obstrucción de las investigaciones por grupos fuera de control del Estado.⁴⁰

En concepto de la propia Oficina de la Fiscalía, se podría entender que en algunas situaciones la inacción del Estado es la medida más aconsejable. Sería el caso de la existencia de grupos opuestos dentro del mismo Estado que no aceptarían que la intervención de un tribunal local pueda ser imparcial o que un tercer Estado que cuente con jurisdicción extra territorial sea visto como una opción menos eficaz ante la Corte Penal Internacional por el acceso a la prueba o la mayor pericia de éste tribunal internacional.⁴¹

4) El nexos con el art. 20 del ECPI.

El art. 20, párrafo 1 del Estatuto contiene la cláusula general de reconocimiento del derecho de un imputado a no ser juzgado o sentenciado por “conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte”, ni tampoco a que sea procesado por otro tribunal en ese mismo supuesto (párrafo 2 del art. 20). Es decir, admite que le asiste el derecho a no ser investigado o juzgado dos veces por los mismos hechos (*ne bis in idem* procesal y *ne bis in idem* material).

El ECPI reconoce los efectos de la cosa juzgada a aquellas investigaciones del Ministerio Público que culminan con una decisión de archivamiento o a las sentencias que emanan de un debido proceso, conciliándose los criterios expuestos para la admisibilidad de los casos previstos en el art. 17 del Estatuto: son las previstas en el derecho internacional, con la actuación de un juzgado o tribunal competente, independiente e imparcial, que no se condujo con la intención de proteger al imputado o de evitarle que afronte su eventual responsabilidad internacional. En dicho proceso se actuaron medios probatorios, compareció el acusado y se debatió la situación jurídica según los estándares internacionales.

Ahora bien, es diferente la hipótesis de una decisión en la que si bien igualmente se abordan materialmente crímenes previstos en los arts. 6, 7 y 8 del ECPI, el proceso en el otro tribunal:

⁴⁰ Agirre, Xabier (et. al.), Doc. cit. pág. 31.

⁴¹ The Office of the Prosecutor. *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, September 2003, EN: http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030905_Policy_Paper.pdf pág. 5, consultada el 1 de abril de 2008.

- a) obedece al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte,
- b) no fue instruido en forma independiente o imparcial según las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o, lo hubiese sido de algún modo que, en la circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Sobre el primer supuesto, de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, podría traerse a consideración el hecho del ejemplo en que se juzgue como delito común un crimen internacional de competencia de la CPI o alguno de los asuntos que han sido objeto de pronunciamientos de tribunales internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*⁴², *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*⁴³ o *La Cantuta vs. Perú*⁴⁴, en los que la actuación de los tribunales nacionales fue ajena a la genuina voluntad de cumplir el deber de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos.

5) El poder o atribuciones del Fiscal.

Es tan o más importante que las atribuciones del Fiscal contenidas en el texto del ECPI, el modo cómo éste órgano de la justicia penal internacional concibe su mandato. Además del cumplimiento de las reglas descritas anteriormente, resulta que hará mucho en la conducta de la CPI el rol del Fiscal y sus criterios.

Según la Oficina de la Fiscalía, ella intervendrá cuando sea claro que ha fracasado la acción de la jurisdicción nacional.⁴⁵ Más aún, llega a expresar que la ausencia de juicios en la Corte Penal Internacional, como consecuencia del efectivo funcionamiento de los sistemas nacionales de justicia sería su mayor éxito⁴⁶

Esto ya se ha identificado por Herencia,⁴⁷ quien se apoya en el citado documento de trabajo difundido públicamente al respecto, en lo que denomina un criterio realista, al reconocer que por las limitaciones materiales, financieras y técnicas, la CPI no está en posibilidad real de conocer de muchos casos, razones por las cuales debe circunscribirse a seleccionar aquellos que sean verdaderamente los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. En tal sentido, el criterio para determinar el umbral para el inicio de casos será, entre otros, el gran número de víctimas y supuestos perpetradores y el hecho de que éstos integren grupos u organizaciones. De ello se plantea cuál debe ser el criterio de admisibilidad de casos y si se debe procesar a todos los potenciales responsables.

En este aspecto, la Oficina del Fiscal centraría sus investigaciones sobre aquellos sospechosos que posean el mayor grado de responsabilidad, sostiene Herencia, tales como dirigentes de Estado u organizaciones a las que se atribuyen dichos crímenes. Tal

⁴² Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2004, párrs. 131-133.

⁴³ Sentencia de fecha 26 de setiembre de 2006, párr. 154.

⁴⁴ Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2006, párrs. 143, 144 y 226, y voto razonado del Juez García Ramírez, párr. 11.

⁴⁵ The Office of the Prosecutor. *Paper on some policy issues* ..., pág. 5.

⁴⁶ The Office of the Prosecutor, Doc. Cit., pág. 4.

⁴⁷ Op. Cit., citando el documento titulado "Paper on some Policy issues before the Office of Prosecutor. The Hague: September 2003. EN: www.icc-cpi.int/library/orgnas/otp/030905_Policy_Paper-pdf, págs. 128-129.

prioridad no descartaría que, eventualmente, la CPI pueda también comprender a otras personas que no reúnan esa característica de atribuírsele mayor responsabilidad. Es decir, la Corte reafirma la potestad de los tribunales nacionales para que ejerzan su obligación de conocer y juzgar los crímenes internacionales en todos los niveles que sea posible.

El punto lleva nuevamente a la cuestión de la complementariedad, en la que Kirsch recuerda el proceso de resistencia evidenciado en la Conferencia Diplomática de creación de la CPI cuando llevó el debate respecto a las atribuciones del Fiscal. Se cuestionó incluso que podría utilizar a la Corte con fines políticos y luego de amplias discusiones se optó por su independencia con una serie de restricciones orientadas a evitar su politización, tales como la de obtener una autorización de la Cámara Preliminar antes de iniciar una investigación (art. 15.3 ECPI).⁴⁸

Igualmente, en otro documento de la Oficina del Fiscal, se plantea que en virtud de la complementariedad, estando los Estados nacionales con la responsabilidad primaria para prevenir y reprimir las atrocidades en sus territorios, la intervención de su Oficina debe ser excepcional, salvo que dichas actuaciones estatales merezcan una evaluación que determine que no estaban en disposición o capacidad de efectuar las investigaciones o procesos. Ofrece por tanto, una visión que refuerza la legalidad internacional, la interdependencia con el sistema internacional de justicia, instando a una genuina intervención de las autoridades nacionales.⁴⁹

Un segundo lineamiento de la Fiscalía reside en focalizar sus investigaciones hacia aquellas conductas que puedan reunir el requisito estatutario de “gravedad”. Estos factores incluyen la envergadura de los crímenes, su naturaleza, el modo de su comisión y el impacto de tales delitos. Por consiguiente, la Oficina del Fiscal seleccionará un número limitado de incidentes y unos pocos testigos de tales hechos y que sea posible llamar a juicio. El caso sería representativo de una categoría más amplia de criminalidad. Ello puede suponer como parte de su política solicitar órdenes de arresto o solicitudes de comparencia cuando un caso esté próximo a iniciar el juzgamiento para facilitar los procedimientos judiciales⁵⁰.

Un tercer lineamiento del citado órgano es el maximizar el impacto de sus actividades, en la idea de prevenir futuros delitos, en el supuesto que los delitos masivos o generalizados son planificados y el anuncio de una investigación puede producir un efecto disuasivo incluso en lugares distintos al de la situación bajo investigación en el mundo.⁵¹

García Ramírez anota que el criterio de oportunidad del Fiscal es un riesgo porque puede suponer el cierre de una investigación o la conclusión de un proceso, pero es una situación que también se produce en sede nacional. La idea de “los intereses de la justicia” ofrece ese eventual desenlace, pero es también parte de un difícil equilibrio al que se ha pretendido llegar en la negociación del texto del Estatuto de Roma⁵²

⁴⁸ Kirsch, art. cit., pág. 47.

⁴⁹ The Office of the Prosecutor, *Report on Prosecutorial Strategy*. The Hague, 14. September 2006, pág. 5.

⁵⁰ The Office of the Prosecutor. Doc. cit., págs. 5-6.

⁵¹ The Office of the Prosecutor. Doc. cit, pág. 6.

⁵² García Ramírez, Op. cit., pág. 174.

El art. 53.2c del ECPI contiene la referencia a que el Fiscal puede considerar que no exista fundamento suficiente para el enjuiciamiento si, entre otras razones,

“no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen”.

Esta hipótesis le otorga discrecionalidad al Fiscal, quien puede, finalmente, según los criterios del Estatuto y los lineamientos de trabajo de su Oficina, mencionados anteriormente, decidir porque un asunto pese a que se cumplan los otros requisitos de admisibilidad, no aportaría al interés de la justicia. Aquí las críticas podrían dirigirse en el sentido de que pesaría valoraciones extra jurídicas o políticas. Sin duda que estas estarán presentes en toda situación que sea referida al Fiscal, sea de un Estado parte, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o por sus propias fuentes. Lo importante sería que junto con esa carga valorativa exista también un correlato que haga más eficaz su trabajo, lo cual significa reafirmar el principio de complementariedad, alentando a los Estados a que asuman con seriedad y diligencia su deber de investigar y procesar los crímenes internacionales, de modo que solo queden para la CPI, los que sean de mayor gravedad para la comunidad internacional. Asimismo, el hecho de que el Fiscal cuente con discrecionalidad no significa que actúe arbitrariamente, pues entre ambos conceptos existe una gama de opciones dentro de las cuales debe figurar la motivación de sus decisiones y la razonabilidad que le darán garantía de legalidad y transparencia a sus intervenciones.

En la línea que los intereses de la justicia es un concepto amplio y complejo, MacDonald y Haveman sostienen que algunas veces, podría ser atendible el que se desconozcan obligaciones de persecución por los Estados porque el camino legal de un proceso no contribuiría –paradójicamente, a los intereses de la justicia⁵³.

Es decir, si los Estados nacionales cumplieran su labor, la intervención de la CPI sería verdaderamente excepcional y concentrada para aquellas situaciones que ameriten la habilitación de la competencia de la Corte. No es un secreto que un Estado nacional en principio debe contar con mayores posibilidades para acopiar pruebas de un delito cometido en su propio territorio y de detener o hacer comparecer a los sospechosos del mismo. Con lo cual, se verificaría la intención de respetar la soberanía de los Estado tanto como sea posible.⁵⁴

Es de puntualizar que pese a las discusiones, el hecho de que el Fiscal cuente con la capacidad de iniciar el proceso de investigaciones es una medida positiva, habida cuenta de la desconfianza que ciertos países manifestaron en el proceso de negociación del Estatuto de Roma.⁵⁵

Pero como se ha referido, el hecho de contar la CPI con un Fiscal independiente no significa que pueda actuar sin control alguno, como el establecido a través de la Cámara

⁵³ MacDonald, Avril y Haveman, Roelof. *Prosecutorial Discretion – Some Thoughts on “Objectifyng” the Exercise of Prosecutorial Discretion by the Prosecutor of the ICC*. 15 April 2003, EN:

http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/mcdonald_haveman.pdf consultada el 2 de abril de 2008, págs. 7 y 8.

⁵⁴ Cassese, 2003, Op. cit., pág. 351.

⁵⁵ Troncoso Repetto, Claudio. *La Corte Penal Internacional y el principio de complementariedad*. EN: *Ius et Praxis*. Derecho en la Región. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 6, número 2, Talca, Chile, año 2000, pág. 415.

de Cuestiones Preliminares (art. 15, art. 53 ECPI), y dicha atribución está bastante circunscrita o acotada.⁵⁶

Las cláusulas previstas en los párrafos 53.1.c y 53.2.c del ECPI están siendo interpretadas por la Oficina del Fiscal al servicio de los intereses de todas las partes involucradas en poner fin a los conflictos que son llevados ante la CPI y dicha entidad se quiere poner en escenarios reales y no hipotéticos para comprender mejor qué significa “los intereses de la justicia”, de modo que considere los intereses de la paz y seguridad internacionales, la administración de los conflictos y otros mecanismos judiciales. La Oficina del Fiscal mantiene presente que su decisión no será definitiva, pues el archivar una investigación o enjuiciamiento no depende de ella sino de lo que en última evaluación determine la Cámara de Cuestiones Preliminares⁵⁷

6) A manera de conclusión.

1) La Corte Penal Internacional (CPI) significa un progreso en los mecanismos de la comunidad internacional para sancionar los crímenes internacionales más graves que vulneran los derechos humanos.

2) **La soberanía estatal cede en parte su poder de castigar a la comunidad internacional, pero no renuncia a dicho poder ni el mismo desaparece, reteniendo sus atribuciones esenciales.** En concreto, dicha cesión se produce desde el momento que los Estados suscriben tratados de derechos humanos que contienen la obligación de reprimir ciertas conductas contrarias al orden público internacional y mecanismos internacionales específicos que se activan cuando el Estado nacional ha omitido su obligación primaria de intervención. Así mismo, la soberanía encuentra limitaciones al ser el Estado integrante de la comunidad internacional.

3) En tal sentido, la norma para la intervención de la CPI es que primero debe actuar la jurisdicción penal nacional. Son los jueces y tribunales nacionales de los Estados los que deben conocer, investigar y procesar los delitos internacionales de competencia de la CPI.

4) **En defecto de la jurisdicción penal nacional, ya sea por omisión o por una actuación deficiente, interviene la CPI. Esa es la complementariedad.**

5) En la segunda de las hipótesis mencionada en el párrafo anterior, tanto la falta de disposición de un Estado para investigar o enjuiciar o su incapacidad para llevar a una investigación o enjuiciamiento a la persona, habilitan a la CPI para intervenir. Para comprender el significado de tales situaciones, la propia Oficina de la Fiscalía ha aportado algunos indicadores que permitan realizar el análisis correspondiente.

6) El concepto de un debido proceso con garantías del Derecho Internacional de los Derechos Humanos alimenta a la CPI para que emita su propia valoración de si la actuación de una jurisdicción penal nacional fue suficiente y produce la inadmisibilidad de un asunto.

⁵⁶ Ntanda Nsereko, Daniel D.. *Prosecutorial discretion before national courts and international tribunals*, Guest Lectures Series of the Office of the Prosecutor, The Hague, 2004, pág. 15.

⁵⁷ The Office of Prosecutor. *Policy Paper on interest of Justice*. The Hague, September 2007, pág. 9.

7) Asimismo, la falta de capacidad de un Estado nacional para investigar o procesar crímenes de competencia de la Corte cuenta con elementos objetivos de verificación en sus consecuencias, previstas en art. 17.3 del ECPI.

8) La jurisprudencia internacional, como la emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ejemplifica algunas situaciones en las que se ha verificado la falta de disposición de las autoridades nacionales para cumplir seriamente con su obligación de investigar y sancionar graves crímenes internacionales, bajo la forma de graves violaciones de derechos humanos.

9) El Estatuto de Roma reconoce a la cosa juzgada y al *ne bis in idem* como derecho humano. Por consiguiente, se ciñe al debido proceso y no produce situaciones arbitrarias o irracionales en destrucción de las garantías judiciales. Más bien, cuenta con un diseño institucional de controles que busca que prevalezcan los estándares internacionales del debido proceso.

10) La discrecionalidad del Fiscal debe ser el correlato de una sana comprensión de la complementariedad de la competencia de la CPI, reservándose su actuación de modo excepcional cuando se trate de las conductas más graves y teniendo en cuenta los intereses de la justicia, que no pueden ser identificados únicamente con los de alguna de las partes y conociendo además, que la última decisión será la adoptada por la Cámara de Cuestiones Preliminares. La Fiscalía no es un órgano todopoderoso que actúa en base a predominantes criterios políticos sino jurídicos. Siendo muy importante, es solamente una de las partes en el complejo sistema de justicia diseñado y en reciente funcionamiento de la comunidad internacional plasmado en el Estatuto de Roma.

Bibliografía

Agirre, Xabier (et. al.)

Informal expert paper: The principle of Complementarity in practice. [The Office of the Prosecutor. The Hague], 2003, 37 págs. EN:

<http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/complementarity.pdf> consultada el 2 de abril de 2008.

Ambos, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Traducción de Ezequiel Malarino. Montevideo, Konrad Adenauer-Stiftung E.V., 2005, 594 págs.

Cassese, Antonio.

International Criminal Law. New York, Oxford University Press, 2003, 472 páginas.

“¿Hay un conflicto insuperable entre soberanía de los Estados y justicia penal internacional?” EN: Cassese, Antonio y Delmas-Marty, Mireille (editores). *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Bogotá, Editorial Norma, traducción de Horacio Pons, 2004, 369 págs.

Galicki, Zdzislaw.

Informe preliminar sobre la obligación de investigar o juzgar (“aut dedere aut judicare”) presentado por el Relator Especial a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, documento A/CN.4/571 de fecha 7 de junio de 2006, en el 58° período de sesiones, 23 págs.

García Ramírez, Sergio.

El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma. EN: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. IV, año 2004, pp. 149-188. EN: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derint/cont/4/art/art5.pdf> consultada el 24 de marzo de 2004.

Gómez-Robledo Verduzco, Alonso.

Jurisdicción interna, Principio de No Intervención y Derecho de Injerencia Humanitaria EN: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 76. México, Enero-abril 1993. EN: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/76/art/art3.htm> consultada el 4 de abril de 2008.

Herencia Carrasco, Salvador (Coordinador).

La Corte Penal Internacional y los países andinos. Lima, Tercera Edición, Comisión Andina de Juristas, febrero de 2007, 464 págs.

Joinet, Louis.

Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías de las Naciones Unidas. Documento ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 de fecha 2 de octubre de 1997.

Kirsch, Philippe . La Corte Penal Internacional frente a la soberanía de los Estados EN: Cassese, Antonio y Delmas-Marty, Mireille (editores). *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Bogotá, Editorial Norma, traducción de Horacio Pons, 2004, págs. 43-51.

MacDonald, Avril y Haveman, Roelof. *Prosecutorial Discretion – Some Thoughts on “Objectifying” the Exercise of Prosecutorial Discretion by the Prosecutor of the ICC*. 15 April 2003, 10 págs., EN: http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/mcdonald_haveman.pdf consultada el 2 de abril de 2008.

Ntanda Nsereko, Daniel D.. *Prosecutorial discretion before national courts and international tribunals*, Guest Lectures Series of the Office of the Prosecutor, The Hague, 2004, 17 págs. EN: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/Nsereko.pdf> consultada el 9 de marzo de 2008.

The Office of Prosecutor. *Policy Paper on interest of Justice*. The Hague, September 2007, 9 págs. EN: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/ICC-OTP-InterestsOfJustice.pdf> consultada el 31 de marzo de 2008.

The Office of the Prosecutor. *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, September 2003, 9 págs. EN: http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030905_Policy_Paper.pdf consultada el 1 de abril de 2008.

The Office of the Prosecutor. *Report on Prosecutorial Strategy*. The Hague, 14 Septiembre 2006, 11 págs.

Orentlicher, Diane.
Impunity. Report of independent expert to update the Set of Principles to combat impunity, Diane Orentlicher. Ademdem, Updated Set of Principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity. documento ONU E/CN.4/2005/102/Add. 1 de fecha 8 de febrero de 2005. EN: http://www.swisspeace.ch/typo3/fileadmin/user_upload/pdf/KOFF/12unhcr.pdf consultada el 3 de abril de 2008.

Quintano Ripollés, Antonio. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto “Francisco de Vitoria”, 1955, Tomo I, 676 págs.

San Martín Castro, César. Los principios de legalidad penal y de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, EN: Salmón, Elizabeth (Coordinadora). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales, 2001, pág. [105]-138.

Troncoso Repetto, Claudio.
La Corte Penal Internacional y el principio de complementariedad. EN: *Ius et Praxis*. Derecho en la Región. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Año 6, número 2, Talca, Chile, año 2000, pp. 407 a 417. EN: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19760216.pdf> consultada el 1 de marzo de 2005.

Jurisprudencia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de fecha 29 de julio de 1988, sobre el Fondo. Serie C N° 4.

Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala. Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2004, sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 117.

Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Sentencia de fecha 12 de septiembre de 2005, sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 132.

Caso Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de fecha 1 de julio de 2006, sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie N° C N° 148.

Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de fecha 4 de julio de 2006, sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 149.

Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia de fecha 22 de setiembre de 2006, sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 153.

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de fecha 26 de setiembre de 2006, sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N°154.

Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2006, sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N°160.

Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2006, sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 162.

Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. Sentencia de fecha 10 de julio de 2007, sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 176.

Comité de Derechos Humanos

Caso Celis Laureano c. Perú. Dictamen de fecha 25 de marzo de 1996 en la Comunicación N° 540/1993, 56 período de sesiones, documento ONU CCPR/C/56/D/540/1993.

Observación General 20 (art. 7) que reemplaza a la Observación General 7, aprobada en el 44° período de sesiones, 1992.

Instrumentos internacionales.

Estatuto de Roma. Aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional con fecha 17 de julio de 1998. Doc. ONU A/CONF.183/9.

Convención para la Prevención y la sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 260 A (III) de fecha 9 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General mediante Resolución N° 2200A (XXI) de fecha 16 de diciembre de 1966.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General mediante Resolución 2200 A (XXI) de fecha 16 de diciembre de 1966.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 2106 (XX) con fecha 21 de diciembre de 1965.

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 2391 (XXIII) de fecha 26 de noviembre de 1968.

Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 3068 (XXVIII) de fecha 30 de noviembre de 1973.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 39/46 de fecha 10 de diciembre de 1984.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de fecha 22 de noviembre de 1969.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias con fecha 9 de diciembre de 1985.

Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas, adoptada en Belem do Pará con fecha 9 de junio de 1994.