

# El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)

Un análisis sistemático de la compleja relación entre jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional

**Kai Ambos**

Georg-August-Universität Göttingen

### **Abstract**

*El siguiente estudio pretende ofrecer un análisis sistemático del test o examen de complementariedad del artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Este test es objeto de mucha controversia en la doctrina, encontrándose sus contornos precisos todavía en la fase de elaboración. En primer lugar, se debe señalar que el test es un proceso en curso y permanente (1). Se refiere tanto al análisis de una situación como al de un caso concreto que se deriva de una situación, consistiendo en varias conductas (2). En cuanto al test de complementariedad propiamente como tal, se debe hacer una distinción entre, por un lado, complementariedad stricto sensu, conforme al art. 17 (1) (a)-(c), (2) y (3) y por otro lado, un umbral adicional de gravedad, según el art. 17 (1) (d). De este modo, la complementariedad en sentido estricto solo se torna relevante si la respectiva situación o el respectivo caso es, en primer lugar, lo suficientemente grave. Parece lógico, por tanto, examinar primero la gravedad suficiente (3). Una vez que el estándar de gravedad sea satisfecho, se debe examinar la complementariedad stricto sensu (4), distinguiendo entre admisibilidad por inactividad total del Estado (4.1), inadmisibilidad por actividad del Estado (4.2) y admisibilidad por falta de voluntad o incapacidad (4.3). En las conclusiones se resumen los resultados del estudio (5).*

*The following study aims to offer a systematic analysis of the complementarity test of article 17 of the Rome Statute of the International Criminal Court. This test is still very controversial and its precise requirements are under construction. First, it is important to note that the test is an ongoing and continuous process (1). It refers to the analysis of a situation as well as to a concrete case which flows from a situation, containing various forms of conduct (2). As to the complementarity test as such, one should distinguish between complementarity stricto sensu according to article 17 (1) (a)-(c), (2) and (3) and an additional gravity threshold according to article 17 (1) (d). Thus, complementarity stricto sensu only becomes relevant if the respective situation or case is sufficiently grave in the first place. It is therefore logical to examine the sufficient gravity first (3). Once this standard is satisfied, one should examine the complementarity stricto sensu (4), distinguishing between admissibility due to total State inactivity (4.1), inadmissibility as a result of State activity (4.2) and admissibility due to unwillingness or inability (4.3). The conclusions summarize the results of the study (5).*

*Mit der folgenden Untersuchung wird versucht, eine systematisch-dogmatische Analyse des in Art. 17 des Statuts für einen Internationalen Strafgerichtshof enthaltenen Komplementaritätstests vorzunehmen. Der Test ist nach wie vor sehr umstritten und seine genauen Voraussetzungen sind noch in der Entstehung begriffen. Zunächst ist es wichtig festzustellen, dass der Test ein anhaltender Prozess ist (1). Er bezieht sich sowohl auf die Analyse einer Situation als auch auf die eines konkreten Falls, der sich aus einer Situation ergibt und zahlreiche Verhaltensweisen enthält (2). Mit Blick auf den Komplementaritätstest als solchem ist zwischen Komplementarität stricto sensu gemäß Art. 17 (1) (a)-(c), (2) und (3) und einem zusätzlichen Erfordernis der Schwere gemäß Art. 17 (1) (d) zu unterscheiden. Jene wird erst relevant, wenn die betreffende Situation oder der betreffende Fall überhaupt ausreichend schwerwiegend sind. Deshalb ist das Schwerererfordernis vorrangig zu prüfen (3). Ist diese Schwelle erreicht, ist die Komplementarität stricto sensu untersuchen (4), wobei dabei zwischen der Zulässigkeit aufgrund einer totalen staatlichen Inaktivität (4.1), der Unzulässigkeit als Ergebnis staatlicher Aktivität (4.2) und der*

*Zulässigkeit aufgrund mangelnden Willens oder Unvermögens (4.3) zu unterscheiden ist. Die Schlußfolgerungen fassen die Ergebnisse der Untersuchung zusammen (5).*

*Title:* The Complementarity Test of the International Criminal Court (Art. 17 Rome Statute). A systematic analysis of the complex relationship between national jurisdictions and the International Criminal Court

*Titel:* Der Komplementaritätstest des Internationalen Strafgerichtshofs (Art. 17 Rom Statut). Eine systematische Analyse der komplexen Beziehung zwischen nationaler Gerichtsbarkeit und dem Internationalen Strafgerichtshof

*Palabras clave:* Corte Penal Internacional, complementariedad, gravedad, inactividad, falta de capacidad, falta de voluntad

*Keywords:* International Criminal Court, complementarity, gravity standard, inactivity, inability, unwillingness

*Stichwörter:* Internationaler Strafgerichtshof, Komplementarität, Schwere Erfordernis, Inaktivität, Unvermögen, mangelnder Wille

## Sumario

1. Observación preliminar: el test como proceso en curso y permanente
2. El objeto de referencia del test de complementariedad: situación – caso – conducta
3. Gravedad suficiente (artículo 17 (1) (d))
  - 3.1. El estándar en la práctica procesal actual
  - 3.2. El enfoque propio
4. Complementariedad *stricto sensu*
  - 4.1. Admisibilidad por inactividad total del Estado
  - 4.2. Inadmisibilidad por actividad del Estado (artículos 17 (1) (a)-(c) y 20 (3))
  - 4.3. Admisibilidad por falta de voluntad o incapacidad (artículo 17 (2) y (3))
    - a. Observaciones preliminares
    - b. Falta de voluntad
    - c. Incapacidad
5. Conclusiones

## 1. Observación preliminar: el test como proceso en curso y permanente

El test de complementariedad es un proceso en curso y puede ser renovado varias veces antes de comenzar el juicio<sup>1</sup>. La Sala Preliminar en el caso Kony dejó en claro la naturaleza continua del test, destacando la posibilidad de “determinaciones múltiples” y de “impugnaciones múltiples” a la admisibilidad en un caso dado<sup>2</sup>. Concluye lo siguiente: “Considerado en su conjunto, el cuerpo de estas disposiciones delinea un sistema por el cual la determinación de la admisibilidad está destinada a ser un proceso continuo en toda la fase previa al juicio, el resultado de la revisión depende de la evolución del escenario de los hechos relevantes. Dicho de otro modo, el Estatuto en su conjunto conserva la idea de que un cambio en las circunstancias permite (o incluso en algunos escenarios, obliga) a la Corte a determinar nuevamente la admisibilidad”<sup>3</sup>.

De lo anterior se deduce que la complementariedad, dentro de la admisibilidad de una situación, debe ser examinada en una etapa muy temprana durante las fases preprocesales, o más exactamente, durante las investigaciones preliminares, o la etapa preinvestigativa del procedimiento. En efecto, una vez que la “División de Jurisdicción, Complementariedad y Cooperación” (en adelante, JCCD) de la Oficina del Fiscal ha corroborado la jurisdicción de la CPI en todos sus aspectos (*ratione temporis, personae y materiae*), debe analizarse la complementariedad. Solo si una situación es considerada admisible, el Fiscal está en condiciones de determinar con mayores detalles si debe abrir una investigación formal en el sentido del art. 53<sup>4</sup>. De hecho, el mismo art. 53 exige una decisión positiva respecto de la jurisdicción y de la admisibilidad antes de llegar a los criterios de naturaleza más política y discrecional de los subparas (c) de los paras. 1 y 2. La decisión a tomar en virtud del art. 53 es tan compleja como la que resulta del art. 17, y el criterio a aplicar, especialmente el test del “interés de la justicia” (art. 53 (1) (c), (2) (c)), puede incluso ser considerado más relevante en relación con los desafíos

<sup>1</sup> Véase también STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 245. Sobre el doble sentido del carácter dinámico del principio de complementariedad (frente a los Estados pero también frente a la Corte Penal Internacional [en adelante, CPI]) véase OLÁSULO, “Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la CPI”, en ALMQVIST/ESPÓSITO (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, 2009, pp. 255 y 279.

<sup>2</sup> ICC-PTC II, *Prosecutor v. Kony et al.*, *Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute*, 10 de marzo de 2009 (ICC-02/04-01/05), paras. 25 y 26.

<sup>3</sup> ICC-PTC II, *Prosecutor v. Kony et al.*, 2009, paras. 25 y ss. (28), p. 52: “Considered as a whole, the corpus of these provisions delineates a system whereby the determination of admissibility is meant to be an ongoing process throughout the pre-trial phase, the outcome of which is subject to review depending on the evolution of the relevant factual scenario. Otherwise stated, the Statute as a whole enshrines the idea that a change in circumstances allows (or even, in some scenarios, compels) the Court to determine admissibility anew”.

Respecto de la posibilidad de una supresión retroactiva del fundamento de la admisibilidad por una actividad del Estado posterior al inicio de la investigación por el Fiscal, véase PICHON, “The principle of complementarity in the cases of the Sudanese nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court”, *ICLR* 8, 2008, pp. 199-200.

<sup>4</sup> Sobre la estructura de la fase pre-judicial ante la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), ver en AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 2008, § 8 mn. 20a y ss.; AMBOS, “The structure of International Criminal Procedure: ‘Adversarial’, ‘Inquisitorial’ or Mixed?”, en BOHLANDER (ed.), *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, 2007, pp. 433 y ss.

específicos que plantean los procesos de justicia transicional<sup>5</sup>.

El siguiente análisis tratará en primer lugar, como consideración preliminar indispensable, el objeto de referencia del test de complementariedad, examinando en particular la distinción entre situación y caso (*infra* 2). En cuanto al test de complementariedad propiamente dicho debemos hacer una distinción, en el sentido de doble test fijado por la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Lubanga, distinguiendo entre, por un lado, complementariedad *stricto sensu*, conforme al art. 17 (1) (a)-(c), (2) y (3) y por otra parte, un umbral adicional de gravedad, según el art. 17 (1) (d)<sup>6</sup>. De este modo, la complementariedad en sentido estricto solo se torna relevante si el respectivo caso es, en primer lugar, lo suficientemente grave<sup>7</sup>. Parece lógico, por tanto, examinar primero la gravedad suficiente (*infra* 3), y solo después, una vez en que el estándar de gravedad sea satisfecho, la complementariedad *stricto sensu* (*infra* 4)<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Para un análisis de la cláusula del interés de la justicia, véase AMBOS, "The Legal framework of Transitional Justice", en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, pp. 82 y ss.; en español AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición*, 2008, pp. 153 y ss. (versión actualizada en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Justicia de Transición*, 2009, pp. 101 y ss.).

En favor de una amplia discreción del Fiscal tomando en cuenta el contexto político, véase RODMAN, "Is Peace in the Interest of Justice? The Case for Broad Prosecutorial Discretion at the ICC", *LJIL* 22, 2009, pp. 99 y ss.; para criterios con respeto a amnistías véase OLÁSULO, en ALMQVIST/ESPÓSITO (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, 2009, pp. 286 y ss.

<sup>6</sup> ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda, Annex II, Decision on the Prosecutor's application for warrant of arrest, article 58*, de 10 de febrero de 2006 (ICC-01/04-01/07), para. 29: "The Chamber considers that the admissibility test of a case arising from the investigation of a situation has two parts. The first part of the test relates to national investigations, prosecutions and trials concerning the case at hand insofar as such a case would be admissible only if those States with jurisdiction over it have remained inactive in relation to that case or are unwilling or unable, within the meaning of article 17 (1) (a) to (c), 2 and 3 of the Statute. The second part of the test refers to the gravity threshold which any case must meet to be admissible before the Court. Accordingly, the Chamber will treat them separately" (las notas al pie han sido omitidas).

<sup>7</sup> Además de ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda*, 2006, ver también PTC I, *Situación en la República Democrática del Congo en el caso Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision concerning PTC I's Decision*, de 10 de febrero de 2006 y la incorporación de documentos en el registro del caso contra Mr. Thomas Lubanga Dyilo, de 24 de febrero de 2006 (ICC-01/04-01/06), para. 41 ("[...] this gravity threshold is in addition to [...] the crimes included in articles 6 to 8 of the Statute [...]"). Véase también OTP, "Report on the activities performed during the first three years" (Junio 2003-Junio 2006), de 12 de septiembre de 2006, p. 6: "Although any crime falling within the jurisdiction of the Court is a serious matter, the Rome Statute [...] clearly foresees and requires an additional consideration of 'gravity' [...]".

Véase también GUARIGLIA, "The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court", en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 213: "[...] overarching consideration [...] analyzed before any decision to investigate [...]". Para mayores referencias ver AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, pp. 131 y s., con nota al pie número 352.

<sup>8</sup> Este es también el enfoque adoptado por la Oficina del Fiscal. Así, en la situación de Irak el Fiscal llegó a una conclusión negativa sobre la "gravedad", y por lo tanto consideró innecesario entrar a analizar la complementariedad (véase el informe titulado "Iraq response, Annex to the Update on communications received by the office of the prosecutor of the ICC", de 10 de febrero de 2006, p. 9). Para una solución similar al respecto del mismo asunto, véase MEIBNER, *Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem römischen Statut*, 2003, p. 79.

## 2. El objeto de referencia del test de complementariedad: situación – caso – conducta

Mientras los arts. 17 y 53 solo hacen referencia explícita a los “casos”<sup>9</sup> (individuales) –es decir, “incidentes específicos durante los cuales uno o más crímenes [...] parecen haber sido cometido por uno o más sospechosos individualizados”<sup>10</sup>– está claro que no son casos, sino “situaciones” (generales) –“generalmente definidas en términos de parámetros temporal, territorial y en algunos casos personal”<sup>11</sup>– las remitidas al Fiscal para la activación del proceso (art. 13). Esto además se deriva de la demarcación situación-caso de la Sala de Cuestiones Preliminares I, centrándose en la emisión de la orden de arresto o citación a comparecer, esto es, considerando que un caso sólo comienza con los procedimientos del art. 58<sup>12</sup>. En consecuencia, el desarrollo procesal desde una situación a un caso se realiza de la siguiente manera:

- (1) la Oficina del Fiscal recibe la *notitia criminis*;
- (2) comienza la pre-investigación;
- (3) identifica una situación;
- (4) corrobora los criterios consagrados en los arts. 53 (1), 15 (3), regla 48 en relación a la situación en su conjunto;
- (5) comienza una investigación formal (en caso de una remisión), o solicita autorización para comenzar una investigación formal (en caso de una información en virtud del art. 15) en el sentido del art. 54;
- (6) investiga de manera global e identifica a los sospechosos;
- (7) por último, solicita una orden de arresto o una citación para comparecer si existen motivos fundados de acuerdo al estándar del art. 58 (1), (7); y
- (8) La Sala de Cuestiones Preliminares expide la orden de arresto o la citación para comparecer.

Solo con este último paso existe un caso legal o formal según la Sala de Cuestiones Preliminares.

<sup>9</sup> Ver también BENZING, “The complementarity regime of the ICC: International criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity”, *MPYBUN* 7, 2003, p. 603.

<sup>10</sup> ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga, Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5, VPRS-6*, de 17 de enero de 2006 (ICC-01/04-101-tEN-Corr), para. 65: “[...] specific incidents during which one or more crimes [...] seems to have been committed by one or more identified suspects”. Véase también WAR CRIMES RESEARCH OFFICE (WCRO), *The relevance of “a situation” to the admissibility and selection of cases before the International Criminal Court*, 2009, pp. 21-22.

<sup>11</sup> ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga, Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5, VPRS-6*, 2006, para. 65: “[...] generally defined in terms of temporal, territorial and in some cases personal parameters”; ver también OLÁSULO, “The Prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: a quasi judicial or political body?”, *ICLR* 3, 2003, pp. 99-100; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 199.

<sup>12</sup> ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga, Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5, VPRS-6*, 2006, para. 65; ya antes en la situación de la República Democrática del Congo, ver en ICC-PTC I, *Decision following the consultation held on 11 October 2005 and the Prosecution’s submission on Jurisdiction and admissibility filed on 31st. October 2005*, de 9 de noviembre de 2005 (ICC-01/04-93), para. 4; OLÁSULO, “The lack of attention to the distinction between situation and cases in national laws on co-operation with the International Criminal Court with particular reference to the Spanish case”, *LJIL* 20, 2007, p. 194; RASTAN, “What is a ‘case’ for the purpose of the Rome Statute?”, *CLF* 19, 2008, pp. 442-3.

Dentro de una situación, la Oficina del Fiscal aplica un enfoque secuencial<sup>13</sup>, es decir, investiga casos específicos dentro de una situación uno tras otro en vez de analizarlos todos a la vez, por lo cual los casos inmersos en la situación son seleccionados de acuerdo a su gravedad<sup>14</sup>. Al finalizar con cada caso, la Oficina examina si otros casos en la situación requieren de orden de investigación –teniendo en cuenta los umbrales de gravedad y la admisibilidad del Estatuto de la CPI– o si selecciona una nueva situación<sup>15</sup>.

En la práctica, sin embargo, las etapas mencionadas anteriormente no son tan claras, pues la Oficina del Fiscal focaliza su atención mayormente sobre los individuos antes que la existencia de un caso legal en el sentido del art. 58. De hecho, un caso podría comenzar en tres potenciales etapas: (1) durante las fases de pre-investigación y de investigación; (2) al momento en que el Fiscal hace una solicitud por una orden de arresto o por una citación a comparecer; o (3) cuando la Sala de Cuestiones Preliminares expide una decisión frente a la solicitud de una orden de arresto o de una citación a comparecer<sup>16</sup>. Por lo tanto, se puede distinguir entre casos en un sentido amplio y uno restringido. Este último se refiere a los casos legales (estrictos), que solo existen una vez que se haya dictado una orden de arresto o una citación a comparecer. Los casos en un sentido amplio se generan muy temprano durante las investigaciones, e incluso durante las pre-investigaciones. Tan pronto como la Oficina del Fiscal formule alegaciones en contra de una o más personas específicas, e incluso cree posiblemente un “expediente” con sus nombres, se origina un caso en sentido amplio. Tal caso ya existente desde una temprana fase de la investigación (preliminar) constituye, de hecho, un “caso hipótesis”, es decir, un conjunto probable de casos que surgen de la investigación de una situación<sup>17</sup>. El diseño de una hipótesis sólida es fundamental para el ulterior proceso, debiendo cubrir: (1) el estatus de la autoridad o rol del sospechoso; (2) la estructura de la organización instrumental del crimen y los subordinados y

<sup>13</sup> OTP, *Criteria for selection of situations and cases, Draft for Discussion*, junio de 2006 (en adelante, OTP Selection paper), para. 31 (véase también SEILS, “The selection and prioritization of cases by the Office of the Prosecutor of the ICC”, en BERGSMO (ed.) *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 2009, pp. 56-7); OTP, “Update on communications received by the Office of the Prosecutor of the ICC” (en adelante, Update on communications), de 10 de febrero de 2006, p. 5; OTP, “Report on the activities performed during the first three years (June 2003-June 2006)”, de 12 de septiembre de 2006 (en adelante, OTP Report on activities), p. 8; OTP, “Outlining the Three-Year Report – Ms. Olivia Swaak-Goldman, Session 1: Interested States, Second public hearing of the OTP”, de 25 de septiembre de 2006; GUARIGLIA, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 215.

Escéptica al respecto, Ms. Géraldine Mattioli – HRW, Session 2: NGOs and other experts, de 26 de septiembre de 2006, quien teme “demoras en las investigaciones y en las consecuencias para la preservación de la prueba o serios problemas de comprensión para la Oficina” (“delays in the investigations and consequences for the preservation of evidence or serious problems of perception for the Office”); en un sentido similar, Mr. Antoine Bernard – International Federation for Human Rights (FIDH), Session 2: NGOs and other experts, Second public hearing of the OTP, de 26 de septiembre de 2006; Mr. Richard Dicker, HRW, Session 4: NGOs and other experts, Second public hearing of the OTP, de 18 de octubre de 2006 (“selective justice”); SCHIFF, *Building the International Criminal Court*, 2008, pp. 118-9.

<sup>14</sup> OTP Report on activities, pp. 2 y 8; OTP, “Third Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005)”, de 14 de junio de 2006, p. 2). A favor de este enfoque de la gravedad, Ms. Géraldine Mattioli – HRW, Session 2: NGOs and other experts, de 26 de septiembre de 2006.

<sup>15</sup> Update on communications, pp. 1 y 5.

<sup>16</sup> RASTAN, *CLF* 19, 2008, p. 440.

<sup>17</sup> RASTAN, *CLF* 19, 2008, p. 441. Ver también BURKE-WHITE/KAPLAN, “Shaping the contours of domestic justice: The ICC and an admissibility challenge in the Uganda situation”, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 88 (“investigative hypothesis”). También publicado en *JICJ* 7, 2009, pp. 257 y ss.

asociados al sospechoso; (3) el patrón y modus operandi de los hechos delictivos; (4) una conclusión sobre el modo de responsabilidad<sup>18</sup>. De todas formas, está finalmente claro que los casos –entendidos de manera amplia o restringida– solo pueden resultar de una investigación larga y exhaustiva<sup>19</sup>.

De todo lo anterior se deduce que el Fiscal en la etapa de pre-investigación, es decir, cuando aún no ha decidido si va a iniciar formalmente la investigación en el sentido del art. 53, debe examinar la admisibilidad en relación con la situación remitida<sup>20</sup>. El Fiscal opera sobre la base de un caso hipotético (un conjunto de probables casos que surgirían de la investigación de una situación) y controla la admisibilidad solo de “modo general”<sup>21</sup>, tomando en cuenta sus criterios de selección, especialmente la importancia del sospechoso y su papel en la comisión de los crímenes<sup>22</sup>. Solo si el Fiscal ha identificado casos concretos, posibles conductas criminales y/o sospechas, dentro del ámbito de decisión del art. 53<sup>23</sup>, el test de admisibilidad pasa al caso. Este traslado desde situación a caso también se deriva de los arts. 18 y 19: mientras el primero se refiere a una “situación” remitida (art. 18 (1)) y a “actos criminales que puedan constituir [...] crímenes” (art. 18 (2)), el segundo prevé la impugnación de la admisibilidad de “la causa”. Así, se ha argumentado correctamente que la especificidad aumenta desde un estándar relativamente general (art. 53 (1)) –vía art. 18– a la selección de casos individuales (art. 53 (2)), hasta alcanzar el nivel más alto de casos en sentido estricto (art. 19)<sup>24</sup>. Como consecuencia, la admisibilidad debe ser evaluada tanto a nivel de la situación como del caso<sup>25</sup>.

Con el desplazamiento de una investigación desde una situación general a un caso más concreto, surge la cuestión del objeto de referencia de los procedimientos nacionales *vis-à-vis* con los procedimientos de la CPI. La jurisprudencia tiende hacia una identidad que requiere que los procedimientos nacionales deban referirse específicamente (test de especificidad)<sup>26</sup> al caso de la

<sup>18</sup> AGIRRE ARANBURU, “Gravity of crimes and responsibility of the suspect”, en BERGSMO (ed.) *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 2009, pp. 148-9.

<sup>19</sup> Ver también STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 91; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 195 y ss.; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, pp. 32-3; STAHN, “Judicial review of prosecutorial discretion: Five years on”, en STAHN/SLUITER SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 268. Además, en el caso de la “incapacidad” (art. 17 (3)), el efecto de un colapso del sistema de justicia nacional puede ir perfectamente más allá del caso específico y extenderse a la situación como un todo (cfr. BERGSMO, “The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part. II, Art. 11-19)”, *Eur.J.Cr., Cr. L. & Cr. J.* 6, 1998, p. 43; CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, pp. 130 y s.).

<sup>20</sup> Ver también KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 195 y ss.

<sup>21</sup> STAHN, en STAHN/SLUITER SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, pp. 268-9: “generalized manner”; para los criterios a tomar en cuenta véase OLÁSULO, *The triggering procedure of the International Criminal Court*, 2005, pp. 164 y ss.

<sup>22</sup> En favor de esta limitación *ratione personae* véase OLÁSULO, en ALMQVIST/ESPÓSITO (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, 2009, pp. 267 y s. Críticamente con respecto al criterio de gravedad *infra* nota 65 con texto principal.

<sup>23</sup> Ver para. 1 (b): “caso es o sería admisible”; para. 2 (b): “caso es admisible”.

<sup>24</sup> KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 197-98. Véase también su anterior análisis de los artículos 18 y 19 en pp. 168 y ss., pp. 181 y ss.; para un análisis detallado véase también EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 239 y ss.; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, pp. 72 y ss., pp. 123 y ss.

<sup>25</sup> STAHN, “Complementarity: a tale of two notions”, *CLF* 19, 2008, p. 106; OLÁSULO, en ALMQVIST/ESPÓSITO (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, 2009, pp. 266 y s.

<sup>26</sup> RASTAN, *CLF* 19, 2008, p. 436.



Oficina del Fiscal, abarcando “tanto la persona como la conducta que es el objeto del caso ante la Corte”<sup>27</sup>. El Fiscal exige una investigación en cuanto a “los mismos incidentes o conducta que son el objeto del caso ahora ante la Corte”<sup>28</sup>. La importancia de la “conducta” también deriva de la interacción de los arts. 17 (1) (c) y 20 (3)<sup>29</sup>. “Conducta” en este sentido, es decir, en el sentido del “idem” (el mismo) del principio *ne bis in idem* consagrado en el art. 20, debe ser entendida estrictamente como un incidente específico<sup>30</sup>. Esto se desprende del texto de las disposiciones relevantes del Estatuto de la CPI<sup>31</sup> y del entendimiento general del principio *ne bis in idem* en referencia al hecho específico o a la conducta procesal del caso respectivo<sup>32</sup>.

En efecto, las Salas de Cuestiones Preliminares examinan correctamente si el sospechoso en cuestión está siendo juzgado a nivel nacional, por los mismos crímenes establecidos en la solicitud del Fiscal<sup>33</sup>. Así, en Lubanga y Ntaganda la Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo que la orden de arresto de la República Democrática del Congo emitida en contra de los sospechosos no comprendía la misma conducta (fáctica) de la solicitud del Fiscal<sup>34</sup>, esto es, los incidentes específicos relativos a la “presunta política/práctica de la UPC/FPLC de reclutar niños menores de quince años en el FPLC, hacerlos concriptos en el FPLC y usarlos para participar activamente en las hostilidades entre julio de 2002 y diciembre de 2003”<sup>35</sup>. En Katanga y Chui el test de admisibilidad ni siquiera alcanzó este nivel de comparación de conducta y la Cámara no se pronunció sobre el “mismo test de conducta” como tal, porque el Estado en cuestión –la República Democrática del Congo –expresaba claramente falta de voluntad para enjuiciar el caso, esto es, al no impugnar la admisibilidad y permanecer totalmente inactivo, lo cual hacía al caso

<sup>27</sup> ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda*, para. 31: “[...] both the person and the conduct which is the subject of the case before the Court”; ICC-PTC I, *Prosecutor v. Harun and Kushayb*, *Decision on the Prosecution application under article 58 (7) of the Statute*, de 27 de abril de 2007 (ICC-02/05-01/07), para. 24; ICC-PTC I, *Prosecutor v. Chui*, *Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest*, de 6 de julio de 2007 (ICC-01/04-02/07), para. 21. Véase también EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 161; RASTAN, *CLF* 19, 2008, pp. 436 y s.; STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 261.

<sup>28</sup> ICC, *Prosecutor Presents Evidence on Darfur Crimes, La Haya*, de 27 de febrero de 2007, ICC-OTP-20070227-206-En (énfasis agregado): “[...] the same incidents or conduct that are the subject of the case now before the Court”; sobre el mismo test de conducta ver también la controversia ante la Sala de Primera Instancia II en *Prosecutor v. Katanga and Chui*, de 16 de junio de 2009 (ICC-01/04-01/07-1213) para. 11 y ss., 17 y ss., 95; *Prosecutor v. Katanga and Chui, Motion challenging the admissibility of the case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute*, de 11 de marzo de 2007 (ICC-01/04-01/07-949) para. 39 y ss.; *Prosecutor v. Katanga and Chui, Public redacted version of the 19th March 2009 Prosecution response to motion challenging the admissibility of the case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to article 19 (2)*, de 30 de marzo de 2009 (ICC-01/04-01/07-1007) para. 50 y ss.

<sup>29</sup> RASTAN, *CLF* 19, 2008, p. 437.

<sup>30</sup> Cfr. RASTAN, *CLF* 19, 2008, p. 438 ss.; véase también STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 199 (“case specific”); PICHON, *ICLR* 8, 2008, pp. 225-6, en relación a Ali Kushayb (Sudán).

<sup>31</sup> Art. 20 (3) se refiere a “same conduct” (la versión en castellano no contempla esta expresión) y art. 17 (1) (c) a la conducta “a que se refiere la denuncia”; art. 17 (1) (a) y (b) habla más específicamente de “asunto” (“case”) en vez de “situación”. Véase también arts. 89 (4), 94 refiriéndose a un “diferente” crimen o caso en relación con los enjuiciamientos domésticos.

<sup>32</sup> Véase por ejemplo para la discusión del *ne bis in idem* “europeo” regla del art. 54 del Convenio Schengen en AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 2008, § 12, para. 38 y ss., 49 y ss.

<sup>33</sup> ICC-PTC I, *Prosecutor v. Bemba*, *Mandat d’arrêt à l’encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo remplaçant le mandat d’arrêt décerné le 23 mai 2008*, de 10 de junio de 2008 (ICC-01/05-01/08-15), para. 21.

<sup>34</sup> ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda*, para. 38.

<sup>35</sup> ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda*, para. 39 y 40: “[...] alleged UPC/FPLC’s policy/practice of enlisting into the FPLC, conscripting into the FPLC and using to participate actively in hostilities children under the age of fifteen between July 2002 and December 2003”.

Katanga admisible ante la Corte<sup>36</sup>. En suma, para que un caso sea declarado inadmisibile, los procedimientos nacionales deben referirse a la misma conducta concreta y al o los mismo(s) sospechoso(s) que los contemplados en la investigación de la CPI, al menos que el Estado permanezca de todos modos inactivo. Claramente existe un cierto riesgo de que este requisito relativamente estricto pueda limitar demasiado la opción legítima de un Estado de seleccionar conductas y crímenes. No hay que olvidar que el régimen complementario debería fortalecer los procedimientos domésticos y que los Estados deberían, por tanto, tener un cierto margen de apreciación en cuanto a sus políticas de juzgamiento<sup>37</sup>. Además, la especificidad también debe ser interpretada dinámicamente y con una cierta flexibilidad con respecto a los diferentes criterios de admisibilidad, los cuales se analizarán más adelante<sup>38</sup>.

### 3. Gravedad suficiente (artículo 17 (1) (d))

#### 3.1. El estándar en la práctica procesal actual

La gravedad en el sentido del art. 17 (1) (d) tiene importancia en dos etapas diferentes de los procedimientos, esto es, respecto de la iniciación de la investigación de una situación y del (los) caso(s) que derivan de dicha situación<sup>39</sup>. En efecto, la Oficina del Fiscal ha aplicado hasta ahora<sup>40</sup> la gravedad en estas dos vías, respecto de las situaciones y en atención a los casos<sup>41</sup>. Se puede en tal sentido distinguir entre situaciones y casos relacionados con la gravedad. Sin embargo, la Oficina del Fiscal no ha elaborado de manera sistemática un criterio de gravedad, ni tampoco ha propuesto uno más sofisticado sobre la gravedad. De hecho, la Oficina del Fiscal tuvo por acreditada la gravedad en las situaciones de la República Democrática del Congo, Uganda y Sudán sin mayor razonamiento<sup>42</sup> y solo en la situación de Irak hizo deliberaciones públicas más profundas<sup>43</sup>. En este último caso se rechazó la gravedad en el sentido del art. 17 (1) (d) al

<sup>36</sup> ICC-PTC I, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, para. 95.

<sup>37</sup> Véase convincente a KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 201.

<sup>38</sup> KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 202-3.

<sup>39</sup> PTC I, *Situación en la República Democrática del Congo en el caso Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision concerning PTC I's Decision*, para. 44. Véase WCRO, "The gravity threshold of the ICC", 2008, pp. 21 y ss., pp. 25 y ss.; EL ZEIDY, "The gravity threshold under the Statute of the International Criminal Court", *CLF* 19, 2008, p. 39; crítico en relación con la gravedad de la situación, WCRO, *The relevance of "a situation" to the admissibility and selection of cases before the International Criminal Court*, 2009, p. 28 y ss.

<sup>40</sup> Entre mediados del 2003 y 2005 la gravedad no tuvo un rol importante, véase SCHABAS, "Prosecutorial discretion and gravity", en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, pp. 229 y ss. Curiosamente, también se le prestó poca atención en la historia de la negociación del Estatuto de la CPI (STAHN, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 267).

<sup>41</sup> OTP Report on activities, p. 8. Véase también AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, pp. 131 y ss.; EL ZEIDY, *CLF* 19, 2008, p. 39; WCRO, *The relevance of "a situation" to the admissibility and selection of cases before the International Criminal Court*, 2009, pp. 21 y ss.; STEGMILLER, "The gravity threshold under the ICC Statute: gravity back and forth in *Lubanga and Ntaganda*", *ICLR* 9, 2009, p. 557.

<sup>42</sup> OTP Report on activities, p. 10: "The Office selected the DRC and Northern Uganda as the first situations because they were the gravest admissible situations under the Statute's jurisdiction, and, after the referral, the Office confirmed that the Darfur situation clearly met the gravity standard. The Office will continue to adhere to the rigorous standard of gravity established in the Statute".

<sup>43</sup> "Iraq response. Annex to the Update on communications received by the office of the prosecutor of the ICC", de 10 de febrero de 2006, pp. 8-9; véase también, al respecto, STEGMILLER, *ICLR* 9, 2009, pp. 558 y s.; SCHÜLLER,

comparar el número relativamente bajo de víctimas en los crímenes alegados por las tropas británicas (de cuatro a doce), con la violencia a gran escala en las situaciones de la República Democrática del Congo, Uganda y Sudán. Si bien esto ha sido criticado como “comparar manzanas con naranjas”<sup>44</sup> la Oficina del Fiscal no tuvo mayor opción dado que solo tenía jurisdicción sobre las tropas británicas en virtud del principio de la personalidad (nacionalidad) (art. 12 (2) (b)). En todo caso, la Oficina del Fiscal pudo haber evitado las críticas en primer lugar mediante un enfoque de la gravedad más sistemático y consistente, especialmente clarificando los factores concretos tenidos en cuenta y distinguiendo entre el lado más legal y más político (discrecional) del test de complementariedad<sup>45</sup>.

El art. 29 n° 2 del finalmente aprobado reglamento de la Oficina del Fiscal se refiere a la evaluación de la gravedad de las “situaciones” a “varios factores, incluyendo su magnitud, naturaleza, modo de comisión, e impacto”<sup>46</sup>. Tal disposición es el resultado de un proceso continuo de consultas internas y externas de la Oficina del Fiscal, lo que ha significado una serie de cambios. En cuanto a los factores mencionados –aplicados igualmente a las situaciones y a los casos<sup>47</sup> – la Oficina del Fiscal ha ofrecido definiciones de ellos tanto en declaraciones, como en documentos y presentaciones. En cuanto a la “magnitud” la Oficina del Fiscal se refirió, como en el caso de Irak mencionado anteriormente<sup>48</sup>, al número de víctimas<sup>49</sup>, tomando en cuenta además el ámbito geográfico y temporal de los crímenes<sup>50</sup>. Este enfoque ha sido criticado por la dificultad que implica establecer el número exacto de víctimas<sup>51</sup> y por la falta de criterios cualitativos y de

---

“Gravity under the Rome Statute: Procedural filter or instrument of shaping criminal policy?”, *HuV-I* 21, 2008, p. 77; MURPHY, “Gravity issues and the International Criminal Court”, *CLF* 17, 2006, pp. 309 y ss.; véase también AMBOS, en BOHLANDER (ed.), *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, 2007, pp. 438-9.

<sup>44</sup> SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, 3ª ed., 2007, p. 190: “comparing apples and oranges”; SCHABAS, “Prosecutorial discretion v. judicial activism at the International Criminal Court”, *JICJ* 6, 2008, p. 741; Schabas además critica que el Fiscal no comparó el número total de muertos en Irak con los de la República Democrática del Congo o de Uganda, ni tampoco comparó el número total de muertos como resultado de crímenes atribuidos a determinados autores con los atribuidos a las tropas británicas en Irak (SCHABAS, *JICJ* 6, 2008, p. 747). Crítico también EL ZEIDY, *CLF* 19, 2008, pp. 40-1.

<sup>45</sup> Ver AMBOS, en BOHLANDER (ed.), *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, 2007, p. 439; en igual sentido también véase SCHÜLLER, *HuV-I* 21, 2008, p. 78; MCAULIFFE DEGUZMAN, “Gravity and the legitimacy of the ICC”, *Yale Law School Student Scholarship Series*, 2008, p. 32; STEGMILLER, *ICLR* 9, 2009, p. 562.

<sup>46</sup> “Regulations of the Office of the Prosecutor”, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor el 23 de abril de 2009: “[...] various factors, including their scale, nature, manner of commission, and impact”.

Véase también OTP Report on activities, p. 6 y OTP, *Report on Prosecutorial Strategy*, de 14 de septiembre de 2006, p. 5, refiriéndose a la magnitud y naturaleza de los crímenes, el modo de comisión y el impacto de los mismos. Véase también SEILS, en BERGSMO (ed.) *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 2009, p. 57.

<sup>47</sup> EL ZEIDY, *CLF* 19, 2008, p. 43.

<sup>48</sup> “Iraq response. Annex to the Update on communications received by the office of the prosecutor of the ICC”, de 10 de febrero de 2006, p. 8.

<sup>49</sup> Declaración de MORENO-OCAMPO, “Informal meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs”, de 24 de octubre de 2005, p. 6; WAUGAMAN, “Five minutes with Luis Moreno-Ocampo: An interview with the ICC Prosecutor”, *XV International Affairs Review* 2, 2006.

<sup>50</sup> MCAULIFFE DEGUZMAN, “Gravity and the legitimacy of the ICC”, *Yale Law School Student Scholarship Series*, 2008, p. 35; GUARIGLIA, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 214.

<sup>51</sup> Sobre esta cuestión véase BRUNBORG, *Demographer, Session 3: “Needs for demographic and statistical expertise at the International Criminal Court”* (paper), Second public hearing OTP, 25.4.2003, p. 2. Las audiencias públicas están disponibles en la siguiente página web: [www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Network+with+Partners/Public+Hearings](http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Network+with+Partners/Public+Hearings).

una metodología apropiada en cuanto al objeto de comparación<sup>52</sup>. Sin embargo, en la referencia a “los factores cualitativo y cuantitativo” en la última versión del Proyecto del Reglamento<sup>53</sup> fue reemplazado por “varios factores” en la versión finalmente adoptada. Con respecto a la naturaleza de los crímenes, la Oficina del Fiscal considera que todos los crímenes de la CPI “are crimes of concern to the international community and, as such, grave in themselves”<sup>54</sup>; aun, suponiendo que hay una inherente jerarquía de crímenes<sup>55</sup>, el asesinato (“killing”), la violación y el reclutamiento de menores se consideran delitos de especial preocupación<sup>56</sup>. Cabe señalar a este respecto que el Tribunal Especial para Sierra Leona (Special Court for Sierra Leone, “SCSL”) tuvo la misma opinión en relación con los crímenes en contra del personal de NU y de los niños soldados, calificándolos como “intrínsecamente grave”<sup>57</sup>. En cuanto al modo de comisión, la Oficina del Fiscal se refiere a aspectos de particular crueldad, crímenes contra víctimas particularmente vulnerables que impliquen discriminación, abuso de poder de jure o de facto, y, bajo ciertas circunstancias el llamado “factor adicional”, como por ejemplo, si los crímenes fueron aparentemente cometidos con el objetivo o como consecuencia del aumento de la vulnerabilidad de la población civil en general (a través del ataque sobre las Fuerzas de Paz de Naciones Unidas)<sup>58</sup>. Finalmente, el criterio del impacto, aunque finalmente fue adoptado por el reglamento, aún parece ser objeto de controversia dentro de la Oficina del Fiscal, encontrando acogida favorable por parte del Fiscal Jefe<sup>59</sup>, pero no en (todo) el resto de sus miembros<sup>60</sup>. Más importante es el hecho de que no está del todo claro, qué se entiende por impacto. En junio de 2006, en un proyecto de documento el Fiscal señaló que “considerará el amplio impacto de los crímenes en la comunidad y en paz y seguridad regional, incluyendo en sentido amplio el término daño social, económico y ambiental”<sup>61</sup>. Esto suena mucho más a la expresión “alarma social” empleada por la

<sup>52</sup> SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, 3ª ed., 2007, p. 190; SCHABAS, *JICJ* 6, 2008, p. 741, pp. 747-48. Véase también AMBOS, en BOHLANDER (ed.) *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, 2007, p. 439.

<sup>53</sup> Draft OTP Regulations 9 October 2007, Regulation 24 n° 2.

<sup>54</sup> OTP, *Selection paper*, para.16. En este documento ver también SEILS, en BERGSMO (ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 2009, pp 56-7.

<sup>55</sup> Cfr. SEILS, en BERGSMO (ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 2009, p. 57.

<sup>56</sup> GUARIGLIA, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 214. Véase también MCAULIFFE DEGUZMAN, “Gravity and the legitimacy of the ICC”, *Yale Law School Student Scholarship Series*, 2008, p. 35, refiriéndose a los crímenes que tienen resultado de muerte y violación.

<sup>57</sup> SCSL, T.Ch. I, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, Sentencing Judgement, de 8 de abril de 2009, SCSL-04-15-T, para. 179 y ss., 188 y ss., 204.

<sup>58</sup> OTP Selection paper, para. 17. Véase también MCAULIFFE DEGUZMAN, “Gravity and the legitimacy of the ICC”, *Yale Law School Student Scholarship Series*, 2008, p. 35; GUARIGLIA, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 214.

<sup>59</sup> Moreno Ocampo mencionó el término “impacto” en varias ocasiones en su declaración (“Informal meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs”, 2005, p. 6); véase también “Third Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005)”, de 14 de junio de 2006, para. 2). La Oficina del Fiscal también se refirió a la “nature, manner and impact” respecto del ataque de Haskanita en la situación de Darfur (“Eighth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005)”, de 3 de diciembre de 2008, para. 56).

<sup>60</sup> Un alto funcionario de la Oficina del Fiscal, Senior Appeals Counsel Fabricio Guariglia, no incluyó el concepto de impacto en un documento reciente (*supra* nota 7, p. 212 y ss.); crítico también SEILS, en BERGSMO (ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 2009, p. 59, ex Jefe de la Sección de Análisis de la Situación de la Oficina del Fiscal (agosto de 2004 a Octubre de 2008) y principalmente responsable, *inter alia*, del documento OTP Selection paper, para. 12, el cual sin embargo no contiene este criterio.

<sup>61</sup> SCHABAS, *JICJ* 6, 2008, p. 742: “[...] will consider the broader impact of crimes on the community and on regional peace and security, including longer term social, economic and environmental damage”; también HALL, “Suggestions concerning International Criminal Court prosecutorial policy and strategy and external relations”, de 28 de marzo de 2003, para. 21; STEGMILLER, *ICLR* 9, 2009, pp. 560 y s.; MEIßNER, *Die Zusammenarbeit mit dem*

Sala de Cuestiones Preliminares I (ver infra) y en cualquier caso, resulta más propio de un criterio político (véase art. 53 (1) (c) y (2) (c)) que de uno estrictamente jurídico. Regresaremos sobre este punto.

En cuanto a los pronunciamientos judiciales en materia de gravedad, el asunto permanece aún pendiente a nivel de la CPI. A pesar que la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Lubanga<sup>62</sup> propuso al menos algunos criterios abstractos respecto de un caso –la naturaleza e impacto social (“alarma social”) de los crímenes (¿sistemáticos o a gran escala?), el modo de comisión (por ejemplo, particular brutalidad o crueldad) y la condición y el rol de los presuntos autores (¿son ellos los principales responsables?)– estos criterios han sido ampliamente criticados<sup>63</sup> y rechazados por la Sala de Apelaciones. La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares fue revocada, por encontrarse el test de gravedad viciado, constituyendo así un error de derecho en el sentido del art. 81 (a) (iii)<sup>64</sup>. En particular, en cuanto a la condición y el papel de los sospechosos –un criterio usado por la Oficina del Fiscal solo en función de su política– la Cámara señaló correctamente que la “exclusión previsible de muchos autores” por tales motivos “podría

---

*internationalen Strafgerichtshof nach dem römischen Statut*, 2003, p. 79; MCAULIFFE DEGUZMAN, “Gravity and the legitimacy of the ICC”, *Yale Law School Student Scholarship Series*, 2008, p. 35; OSIEL, “How should the ICC Office of the Prosecutor choose its cases? The multiple meanings of ‘situational gravity’”, *The Hague Justice Portal*, 2009, p. 2.

<sup>62</sup> PTC I, *Situación en la República Democrática del Congo en el caso Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, *Decision concerning PTC I’s Decision*, 2006, para. 42 y ss., 46, 50-4, 63.

<sup>63</sup> Ver SCHÜLLER, *HuV-I* 21, 2008, p. 80; SCHABAS, *JICJ* 6, 2008, p. 743; SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, 3ª ed., 2007, p. 241: “[...] gravity in a vacuum”, “comparing apples with nothing”; WCRO, “The gravity threshold of the ICC”, 2008, pp. 36 y ss., todos ellos recomendando un análisis “suficientemente flexible” (p. 42) y tomando en cuenta circunstancias excepcionales como “el impacto de las víctimas, el modo en que se llevaron a cabo los crímenes, y la vulnerabilidad de la población”; crítico en particular sobre el criterio de “social alarm” SCHÜLLER, *HuV-I* 21, 2008, pp. 80-1; MCAULIFFE DEGUZMAN, “Gravity and the legitimacy of the ICC”, *Yale Law School Student Scholarship Series*, 2008, p. 36; OSIEL, “How should the ICC Office of the Prosecutor choose its cases? The multiple meanings of ‘situational gravity’”, *The Hague Justice Portal*, 2009, p. 6; WCRO, “The gravity threshold of the ICC”, 2008, pp. 5, 39; EL ZEIDY, *CLF* 19, 2008, p. 45 (“weird novelty”), quien además señala (p. 44) que estos factores son ilustrativos y no exclusivos; MURPHY, *CLF* 17, 2006, pp. 288 y ss.; SMITH, “Inventing the laws of gravity: the ICC’s initial Lubanga decision and its regressive consequences”, *ICLR* 8, 2008, pp. 340 y ss.; STEGMILLER, *ICLR* 9, 2009, pp. 551 y s. Crítico en cuanto al enfoque cuantitativo SCHABAS, “Complementarity in practice: some uncomplimentary thoughts”, *CLF* 19, 2008, pp. 28 y ss.; WILLIAMS/SCHABAS, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 2ª ed., 2008, art. 17, para. 28.

Ver también EL ZEIDY, “The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law”, *MJIL* 32, 2002, p. 905; CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, pp. 93 y ss., centrándose en la preocupación internacional del asunto (“internationaler Belang”, pp. 98 y 100). Crítico también sobre el estándar de gravedad OHLIN, “Peace, security, and prosecutorial discretion”, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 200 (“[...] unclear what kind of legal threshold is established”).

Sobre la difícil relación entre la Oficina del Fiscal y las Cámaras sobre este tema ver EL ZEIDY, *CLF* 19, 2008, pp. 51 y ss.

<sup>64</sup> *Situation in DRC*, sentencia a la apelación del Fiscal contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada “Decision on the Prosecutor’s application for warrants of arrest, article 58”, de 13 de julio de 2006 (ICC-01-04-169) [reclasificado y publicado el 23.9.2008 conforme a la *Situation in DRC*, Decision on the unsealing of judgment of the Appeals Chamber issued on 13 July 2006, 22.9.2008 (ICC-01-04-538-PUB-Exp), para. 1-3], para. 54 y ss. (68 y ss.); en el mismo sentido, véase OTP, *Prosecutor v. Al Bashir*, *Decision on the Prosecutor’s application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, de 4 de marzo de 2009 (ICC-02/05-01/09-3), para. 48 con nota al pie número 51.

obstaculizar gravemente la prevención, o la función disuasiva de la Corte [...]”<sup>65</sup>. Sin embargo, la Cámara no propuso una interpretación alternativa; solo el juez Pikis en su opinión separada, y en parte disidente, trató de dar determinación a la gravedad<sup>66</sup>, pero sin proponer un mecanismo concreto para su determinación.

Curiosamente, la gravedad de un delito ha tenido una consideración primordial (“*litmus test*”) en los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Especial para Sierra Leona (“SCSL”), para la determinación de la sentencia<sup>67</sup>. Si bien las consideraciones de los tribunales Ad Hoc no son vinculantes para la CPI y, además, se refieren a una etapa distinta del proceso (la sentencia en vez de la etapa pre-investigativa) pueden proporcionar, sin embargo, elementos importantes para un concepto general de gravedad. De acuerdo con un estudio empírico reciente, los factores más frecuentes tomados en cuenta por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en relación a la gravedad y a las circunstancias agravantes fueron: (1) abuso de una posición superior/posición de autoridad o de confianza (aceptado en 35 casos); (2) Vulnerabilidad especial de la víctima (aceptado en 31 casos); (3) sufrimiento o daño extremo infligido a la víctima (aceptado en 25 casos); (4) gran número de víctimas (aceptado en 15 casos); y (5) crueldad del ataque (aceptado en 14 casos)<sup>68</sup>. El tribunal Especial de Sierra Leona ha seguido los criterios del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>69</sup>. En suma, los tribunales especiales tomaron un enfoque del caso-específico y consideraron equitativamente los factores cuantitativos y cualitativos, refiriéndose, por un lado, a la gravedad del crimen (tomando en cuenta factores tales como la magnitud, la sistematicidad, el carácter continuo, genocidio o violación, carácter discriminatorio, vulnerabilidad de las víctimas, modo de comisión y los efectos sobre las víctimas), y, por otro lado, las circunstancias individuales del acusado (considerando, *inter alia*, la planificación, forma de participación, motivación, posición y rol).

<sup>65</sup> *Situation in DRC*, para. 73 y ss. (75): “predictable exclusion of many perpetrators [...] could severely hamper the preventive, or deterrent role of the Court [...]”. Véase también SEILS, en BERGSMO (ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 2009, p. 56.

<sup>66</sup> *Situation in DRC*; opinión separada y en parte disidente del juez Georghios M. Pikis, para. 38 ss. Él se centró en el significado ordinario del término, entendiéndolo como “weightiness” (para. 39), excluyendo los casos “unworthy of consideration” por la Corte, esto es, casos que son “insignificant in themselves”; “donde la criminalidad de parte de los culpable es totalmente marginal; casos borderline” (“[...] where the criminality on the part of the culprit is wholly marginal; borderline cases”) (para. 40), y considera un delito como insignificante si “los actos constitutivos del crimen son completamente periféricos a los propósitos de la ley al tipificar la conducta” (“[...] the acts constituting the crime are wholly peripheral to the objects of the law in criminalising the conduct”).

<sup>67</sup> OTP, *Prosecutor v. Milutinović et al.*, *Trial judgement, Volume 3 of 4*, de 26 de febrero de 2009 (IT-05-87-T) para. 1147; OTP, *Prosecutor v. Simić*, *Trial judgement, Sentence*, de 17 de octubre de 2002 (IT-95-9/2-S) para. 37; OTP, *Prosecutor v. Deronjić*, *Trial judgement, Sentence*, de 30 de marzo de 2004 (IT-02-61-S), para. 184.

<sup>68</sup> HOLÁ/SMEULERS/BIJLEVLED, “Is ICTY sentencing predictable? An empirical analysis of ICTY sentencing practice”, *LJIL* 22, 2009, p. 86. Ver también MURPHY, *CLF* 17, 2006, pp. 296 y ss.; WCRO, “The gravity threshold of the ICC”, 2008, pp. 39 y ss.

<sup>69</sup> OTP, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC trial)*, *Sentencing judgement*, de 19 de julio de 2007 (SCSL-04-16-T), para. 11, 19; OTP, *Prosecutor v. Fofana and Kondawa (CDF trial)*, *Judgement on the sentencing de Moinina Fofana y Allieu Kondawa*, de 9 de octubre de 2007 (SCSL-04-14-T), para. 33.

### 3.2. El enfoque propio

Para entender la gravedad en su sentido pleno y para elaborar un concepto consistente de la misma, se debe comenzar distinguiendo entre las dos formas de gravedad contemplados en el art. 53, es decir, gravedad jurídica o legal (no discrecional) conforme a los arts. 53 (1) (b), 17 (1) (d) y gravedad relativa (discrecional) de acuerdo al art. 53 (1) (c)<sup>70</sup>. La gravedad se aplica, en principio, por igual a todas las situaciones, sin importar el mecanismo de activación (art. 13) para llevar una situación ante la Corte<sup>71</sup>. La gravedad jurídica y la gravedad relativa se diferencian en que la primera condiciona –como criterio de admisibilidad– el ejercicio de la jurisdicción de la Corte y por esa razón ha de entenderse en un sentido estrictamente jurídico, mientras que la segunda constituye –como “los intereses de las víctimas” (art. 53 (1) (c)) un sub-criterio de la cláusula de interés de la justicia, dejando, por tanto, al Fiscal un amplio margen de discreción<sup>72</sup>. Los factores mencionados arriba en relación con la gravedad, que han sido utilizados por la jurisprudencia de los tribunales Ad Hoc, abarcan los primeros tres sub-criterios de gravedad de la Oficina del Fiscal de la CPI (magnitud, naturaleza y modo de comisión), constituyendo los elementos de la gravedad jurídica; al contrario, las circunstancias individuales se refieren al autor en concreto y su rol en el crimen, es decir, se trata de consideraciones subjetivas que se deben tomar en cuenta al analizar la gravedad relativa de un caso concreto (ver art. 53 (2) (c) que se refiere expresamente al “presunto autor”). La dicotomía gravedad jurídica-relativa también determina la aplicación de factores cuantitativos y cualitativos en la evaluación de la gravedad<sup>73</sup>. Como el valor y el peso de los factores cualitativos son per se controvertidos<sup>74</sup>, ellos deben en primer término aplicarse a la gravedad relativa y solo excepcionalmente a la gravedad jurídica; al

<sup>70</sup> Esta parte se basa en la propuesta desarrollada por mi doctorando Ignaz Stegmüller. Por un doble uso de la gravedad ver también MCAULIFFE DEGUZMAN, “Gravity and the legitimacy of the ICC”, *Yale Law School Student Scholarship Series*, 2008, pp. 5-6; WCRO, “The gravity threshold of the ICC”, 2008, pp. 7-8, pp. 51 y ss. Por un concepto de gravedad autónoma en el sentido del art. 17 (1)(d), véase Juez Pikis, para. 29.

<sup>71</sup> Aparentemente contraria a esta postura MCAULIFFE DEGUZMAN, “Gravity and the legitimacy of the ICC”, *Yale Law School Student Scholarship Series*, 2008, pp. 32-33, quien argumenta que en caso de una referencia (del Consejo de Seguridad o del Estado) “the Prosecutor must initiate an investigation of any admissible case” y “is not free to decline to investigate” sobre la base de la falta de gravedad (comparativa) mientras que en el caso en que actúe *proprio motu* “he has complete discretion [...] as long as he abides by the requirements of jurisdiction and admissibility”; es decir, el umbral de la gravedad jurídica solo tiene importancia en este último caso. Sin embargo, esto significaría que aún los casos menos graves deberían ser considerados admisibles si sólo han sido remitidos por el Estado o por el Consejo de Seguridad. El art. 17 (1) (d) no hace esta distinción. Además de lo anterior, existe consenso general que la complementariedad se aplica a todos los mecanismos de activación, incluidas las remisiones del Consejo de Seguridad (cfr. STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 238 y ss.; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 165-6, pp. 213 y ss.; PICHON, *ICLR* 8, 2008, pp. 188 y ss.; BOTHE, “Complementarity: ensuring compliance with international law through criminal prosecutions – whose responsibility?”, *Friedenswarte* 83, 2008, p. 67).

<sup>72</sup> Crítico con tal amplia discreción, y por ello del art. 53, sin embargo OHLIN, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, pp. 201 y ss., quien señala que, sobre la base de una teoría dualista de Derecho Penal Internacional individualista-retributiva y de seguridad colectiva (pp. 201 y ss.), la CPI y su Fiscal solo deben actuar respecto de la primera, dejando la seguridad colectiva y los asuntos políticos al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (pp. 207 y 209).

<sup>73</sup> Por una interpretación cuantitativa y cualitativa del término complementariedad, véase STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 188; por una visión triple de la admisibilidad (complementariedad) correctamente destacando el respeto por la soberanía estatal, véase BURKE-WHITE/KAPLAN, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, pp. 91y ss.

<sup>74</sup> Véase también OSIEL, “How should the ICC Office of the Prosecutor choose its cases? The multiple meanings of ‘situational gravity’”, *The Hague Justice Portal*, 2009, pp. 4-5.

contrario, los factores cuantitativos pueden ser aplicados a ambos tipos de gravedad. La aplicación excepcional de los factores cualitativos puede ser procedente en casos de que los factores cuantitativos por sí solos no superan el umbral de admisibilidad a pesar de la importancia cualitativa del crimen, por ejemplo, en el caso de un genocidio cuantitativamente menor, pero con una importancia cualitativa altamente relevante como delito grave en sí mismo. Por último, el criterio del impacto, adoptado finalmente por el reglamento de la Oficina del Fiscal<sup>75</sup>, también pertenece a la gravedad relativa, en que se refiere –como impacto sobre las víctimas– a los “intereses de las víctimas” (art. 53 (1) (c), 53 (2) (c)), y aún más allá, –como impacto sobre la comunidad y la paz regional– a la formulación de consideraciones políticas (interés de justicia).

En cuanto a la interpretación general de la gravedad jurídica vs. la relativa se desprende que la primera debe –entendida como estrictamente jurídica– ser interpretada restrictivamente con respecto al umbral de admisibilidad, es decir, el umbral debe ser bajo. Cabe recordar que la gravedad jurídica fue originalmente presentada con un tema más amplio de la competencia de la Corte (incluyendo, por ejemplo, crímenes contemplados en tratados)<sup>76</sup>. Ahora bien, dada la competencia limitada de la Corte sobre los crímenes nucleares, se ha argumentado con razón que la “definición” de gravedad de los crímenes de la CPI supone una presunción a favor de la gravedad jurídica<sup>77</sup> y que el umbral de gravedad adicional tiene solo relevancia práctica respecto de los crímenes de guerra<sup>78</sup>. Este bajo umbral para la gravedad jurídica reduciría el riesgo que la falta de gravedad de la situación impida la investigación y el juzgamiento de casos realmente graves<sup>79</sup>. Al contrario, la gravedad relativa otorga al Fiscal una discreción amplia que se expresa en la cláusula de “interés de justicia”, permitiéndole así extraer los casos comparativamente menos graves. Esto significa que el umbral de la gravedad relativa es bastante alto, por lo menos, más alto que el de la gravedad jurídica.

Teniendo en cuenta, por un lado, el doble enfoque respecto del caso y de la situación (ver supra

<sup>75</sup> Véase *supra* nota 46.

<sup>76</sup> Véase la discusión ya planteada en la International Law Commission (en adelante, ILC) en *Yearbook of the ILC 1994, Volume I, Summary records of the meetings on the forty-sixth session, 2 Mayo – 22 Julio de 1994* (A/CN.4/SER.A/1994), p. 25, para. 41, p. 27, para. 59; ILC, *Draft Statute 1994*, pp. 32, 35-6. Véase también WCRO, “The gravity threshold of the ICC”, 2008, pp. 12 y ss.; MCAULIFFE DEGUZMAN, “Gravity and the legitimacy of the ICC”, *Yale Law School Student Scholarship Series*, 2008, pp. 14-15.

<sup>77</sup> Por una afirmación general de la gravedad CÁRDENAS, “The admissibility test before the ICC under special considerations of amnesties and truth commissions”, en KLEFFNER/KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, 2006, p. 120. Por gravedad general en caso de genocidio CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, p. 99; CÁRDENAS, “The Admissibility Test before the International Criminal Court”, en WERLE (ed.), *Justice in transition – prosecution and amnesty in Germany and South Africa*, p. 244; CÁRDENAS, “Wann darf der Internationale Strafgerichtshof ermitteln oder verfolgen?”, en HANKEL (ed.), *Die Macht und das Recht. Beiträge zum Völkerrecht und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 2008, p. 138. Por una gravedad mayor del genocidio y los crímenes contra la humanidad frente a los crímenes de guerra, véase SCHABAS, *CLF 19*, 2008, pp. 25 y ss.

<sup>78</sup> MCAULIFFE DEGUZMAN, “Gravity and the legitimacy of the ICC”, *Yale Law School Student Scholarship Series*, 2008, p. 45.

<sup>79</sup> Por esta preocupación, el WCRO, *The relevance of "a situation" to the admissibility and selection of cases before the International Criminal Court*, 2009, pp. 28 y ss. (especialmente pp. 31, 35-36) quiere limitar la aplicación del umbral para la gravedad a casos (p. 35: “[...] ICC should not forgo prosecuting the relevant cases solely on the ground that the situation does not involve a wider range of cases that could be prosecuted by the Court”).



2.) y por otro lado, la gravedad jurídica y la relativa, es posible distinguir los siguientes cuatro escenarios:

gravedad jurídica respecto de situaciones, de acuerdo a los arts. 53 (1) (b), 17 (1) (d);

gravedad relativa respecto de situaciones bajo el concepto de “interés de justicia”, de acuerdo al art. 53 (1) (c);

gravedad jurídica respecto de casos, de acuerdo a los arts. 53 (2) (b), 17 (1) (d);

gravedad relativa respecto de casos bajo el concepto de “interés de justicia”, de acuerdo al art. 53 (2) (c).

De este modo, la gravedad jurídica en función a la situación como al caso tienen un umbral generalmente bajo, mientras que la gravedad relativa respecto de tal situación, como del caso, requieren de un umbral alto<sup>80</sup>. La diferencia entre situaciones y casos consiste solo en el ámbito de la información fáctica con que cuenta el Fiscal al momento de evaluar la gravedad: en el primer caso, se refiere de manera aún bastante abstracta a todos los posibles crímenes cometidos en una situación, mientras que los casos se refieren a crímenes más específicos e individualizados. Al examinar la gravedad relativa, el Fiscal podrá invocar argumentos no jurídicos, políticos en su decisión de no iniciar una investigación basada en consideraciones de gravedad comparable de situaciones o casos. En esta etapa, es evidente que se debe hacer una selección más estricta a la luz de los recursos limitados de la Oficina del Fiscal y de la Corte. En cualquier caso, el Fiscal debe –finalmente abandonar su anterior práctica de confundir la gravedad jurídica con la relativa– dejar en claro cuando su decisión se basa en una gravedad jurídica como umbral de admisibilidad y cuando en una gravedad relativa sobre la base de priorizar la discrecionalidad de las situaciones o casos por razones políticas (“interés de justicia”). En término de los criterios disponibles la diferencia radica en que en último caso el Fiscal puede también recurrir a los ya mencionados factores cualitativos y, como a los casos, a las circunstancias individuales (ver art. 53 (2) (b)) y al criterio del impacto. Esto le permite hacer un análisis comparable de la gravedad de todas las situaciones y casos ante la Corte. Así, mientras el test de la gravedad jurídica está limitado a la criminalidad relacionada con factores cuantitativos, el análisis de la gravedad relativa abarca factores cualitativos y subjetivos, permitiendo de este modo al Fiscal concentrar los recursos de la Corte en las situaciones más serias y, generalmente, en los casos más graves dentro de cada situación<sup>81</sup>.

#### **4. Complementariedad *stricto sensu***

En el caso de la complementariedad en sentido estricto se deduce, ya desde un comienzo, a partir

---

<sup>80</sup> Véase también MCAULIFFE DEGUZMAN, “Gravity and the legitimacy of the ICC”, *Yale Law School Student Scholarship Series*, 2008, p. 45.

<sup>81</sup> Véase también MCAULIFFE DEGUZMAN, “Gravity and the legitimacy of the ICC”, *Yale Law School Student Scholarship Series*, 2008, p. 47.

del texto del art. 17 (1) (“La Corte [...] resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando [...]”) que la admisibilidad se presume<sup>82</sup> y que tal presunción puede ser rechazada –además de una insuficiencia de gravedad (art. 17 (1)(d))– por ciertas acciones de parte del respectivo Estado en relación con su obligación de investigación y enjuiciamiento (art. 17 (1)(a)–(c)). Evidentemente, esta acción debe ser examinada con más detalles en atención a los requisitos establecidos en el art. 17 (1) (a), (b) y (c) en relación con el art. 20 (3). Si la acción del Estado en cuestión cumple estos requisitos, el caso o la situación son inadmisibles. Si, al contrario, la acción del Estado indica o implica falta de voluntad o incapacidad en el sentido del art. 17 (2) y (3) la situación o caso deben ser declarados admisibles. Por otra parte, si tal acción es totalmente carente, esto es, como en el caso de una inactividad (total), la admisibilidad puede ser presumida sin entrar en mayor análisis. De este modo, el test de complementariedad *stricto sensu* puede ser clasificado en tres partes<sup>83</sup>:

Primero, situaciones y casos admisibles si el Estado permanece inactivo (admisibilidad por inactividad total del Estado, *infra* 4.1.);

Segundo, si el Estado desarrolla alguna actividad, un caso puede ser inadmisibile según el art. 17 (1) (a)–(c) y 20 (3) (inadmisibilidad por actividad del Estado, *infra* 4.2.);

Tercero, como excepción a la inadmisibilidad mencionada anteriormente, a pesar o a causa de la actividad del Estado, este actúa sin voluntad o con incapacidad en los términos del art. 17 (2) y (3) (admisibilidad por falta de voluntad o capacidad, *infra* 4.3.).

#### 4.1. Admisibilidad por inactividad total del Estado

Los tratados internacionales y el derecho consuetudinario establecen un deber general de los Estados de investigar, enjuiciar y castigar los crímenes nucleares internacionales<sup>84</sup>. Si bien este deber ya existía antes del ECPI, al menos en relación con los respectivos Estados parte de un tratado y/o en relación con las normas del derecho consuetudinario, el Estatuto de la CPI lo ha reforzado respecto de los crímenes tipificados en él y en atención a sus Estados parte<sup>85</sup>. En consecuencia, si un Estado parte ha permanecido inactivo frente a un genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra en el sentido de los art. 5 a 8 del Estatuto de la CPI, incumple con su deber, contemplado tanto en el Estatuto, como en el derecho internacional. Esta inactividad debe hacer, por tanto, un caso admisible de acuerdo al art. 17<sup>86</sup>. Lo anterior se deduce

<sup>82</sup> Cfr. CÁRDENAS, en KLEFFNER/KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, 2006, p. 116; también MEISNER, *Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem römischen Statut*, 2003, pp. 70-1; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 104 ss. Aparentemente en contra GÓMEZ PARDO, “The content of Colombian Justice and Peace Law accomplishes the ICC standards”, *Revista Debate Interamericano*, 2009, p. 141; sin embargo, sin realizar propiamente un análisis del art. 17.

<sup>83</sup> Véase también STEGMILLER, “Complementarity thoughts” (de próxima publicación en la revista *CLF*). Por una doble vía fusionando los dos primeros requisitos en uno, cfr. EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 161.

<sup>84</sup> Ver AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, pp. 28 y ss., para. 8.

<sup>85</sup> AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, para. 8, p. 33.

<sup>86</sup> Cfr. BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, p. 105: “[...] effective prosecution, and the purpose of ending impunity, would clearly be significantly undermined if cases in which States remained completely inactive were inadmissible”; cfr. también p. 115: “[...] complete inaction on the national level would thus allow the ICC to take up a case without having to enter into an assessment of the admissibility criteria in Article 17 (1) (a) to (c)”.

también, como correctamente se ha establecido por la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Lubanga<sup>87</sup>, de una interpretación e contrario del art. 17 (1) (a)-(c), pues esta disposición requiere al menos de alguna actividad (medidas iniciales de investigación)<sup>88</sup> para que un caso sea declarado inadmisibile, la falta de actividad hace al caso admisible sin más<sup>89</sup>.

En la práctica, la Oficina del Fiscal se basa en gran medida en la dicotomía inactividad-cierto actividad<sup>90</sup> indicando que en el primer caso se trata de una “admisibilidad no impugnabile” (“uncontested admissibility”)<sup>91</sup>. Además, la Sala de Cuestiones Preliminares I sostuvo en el caso Lubanga que “en ausencia de un Estado que actúe, la Cámara no necesita hacer ningún análisis de la falta de voluntad o incapacidad”<sup>92</sup>. La Sala de Cuestiones Preliminares II confirmó la admisibilidad del caso en contra de Kony et al., invocando su facultad proprio motu establecida en el art. 19 (1)<sup>93</sup>, pues el escenario de “total inactividad” no ha cambiado sustancialmente dado que el Acuerdo de febrero de 2008 y su anexo que proveía el establecimiento de una división especial del Tribunal Supremo (“High Court”) de Uganda, aún no ha sido implementado<sup>94</sup>. Así, parece estar asentado que si ningún Estado actúa respecto de un caso específico, no se justifica

<sup>87</sup> OTP, *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda*, para. 29 con nota al pie 19.

<sup>88</sup> KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 105.

<sup>89</sup> Véase también OTP, “Informal expert paper: the principle of complementarity in practice”, 2003, para. 17-18: “[...] First, the most straightforward scenario is where no State has initiated any investigation (the inaction scenario). In such a scenario, none of the alternatives of articles 17 (1) (a)-(c) are satisfied and there is no impediment to admissibility. Thus, there is no need to examine the factors of unwillingness or inability; the case is simply admissible under the clear terms of Article 17”.

Véase también STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 199 y ss. (201); KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 104-5, p. 342; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 106, 161, 230, 318; SCHABAS, *CLF 19*, 2008, pp. 7-8; WILLIAMS/SCHABAS, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 2ª ed., 2008, artículo 17, nm 23; STAHN, *CLF 19*, 2008, pp. 105-6; CARNERO ROJO, “The role of fair trial considerations in the complementarity regime of the International Criminal Court: from “no peace without justice” to “no peace without victor’s justice””, *LJIL* 18, 2005, p. 833; AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, pp. 129 y s., para. 37; crítico sin embargo SCHABAS, *JICJ* 6, 2008, p. 757.

<sup>90</sup> Cfr. SEILS/WIERDA, “The International Criminal Court and conflict mediation”, *ICTJ*, 2005, p. 6; véase también BURKE-WHITE, “Proactive complementarity: The International Criminal Court and national courts in the Rome system of international justice”, *Harvard International Law Journal* 49, 2008, p. 78; respecto de la investigación de Darfur véase PICHON, *ICLR* 8, 2008, pp. 219 y s.

<sup>91</sup> Véase, por ejemplo, “Eight Report Prosecutor pursuant to UNSC 1593”, para. 13: “All three Prosecution cases remain admissible. There are no proceedings in the Sudan against Ahmad Harun and Ali Kushayb, against Omar Al Bashir, or against the three rebel commanders of the Haskanita attack”. Véase también SHENG, “Analysing the International Criminal Court complementarity principle through a Federal Courts lens”, *beppress Legal Series* 1249, 2006, p. 5; SCHABAS, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, pp. 236 y s.

<sup>92</sup> OTP, *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda*, para. 41: “[...] in the absence of any acting State, the Chamber need not make any analysis of unwillingness or inability”. Ver en este caso SMITH, *ICLR* 8, 2008, pp. 335 y s.; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 228 y ss.

<sup>93</sup> OTP, *Prosecutor v. Kony et al.*, para. 44.

<sup>94</sup> OTP, *Prosecutor v. Kony et al.*, para. 49 y ss. (52). Para una discusión sobre la situación en Uganda ver BURKE-WHITE/KAPLAN, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, pp. 79 y ss., pp. 103 y ss. Es importante remarcar a este respecto que la amnistía Act 2000 (Laws of Uganda, vol. XII, chapter 294, disponible en <[www.c-r.org/our-work/accord/northern-uganda/documents/2000\\_Jan\\_The\\_Amnesty\\_Act.doc](http://www.c-r.org/our-work/accord/northern-uganda/documents/2000_Jan_The_Amnesty_Act.doc)> es en realidad una amnistía absoluta, pues garantiza inmunidad total frente a la persecución de cualquier rebelde del Lord’s Resistance Army (en adelante, LRA) que “renuncie y abandone la participación en la guerra o en la rebelión armada” (“renounces and abandons involvement in the war or armed rebellion”) (sec. 4 (1)) y siendo este abandono del conflicto una condición inherente a cualquier acuerdo de amnistía.

realizar mayor análisis sobre la falta de voluntad o incapacidad<sup>95</sup>. En Katanga y Chui, la Sala de Primera Instancia II ha aceptado recientemente esta admisibilidad automática en caso de inactividad sin entrar a analizar en profundidad la falta de voluntad o la incapacidad, argumentando que ello no afecta una determinación adicional del *ne bis in idem* ni la gravedad de acuerdo con el art. 17 (1) (c) y (d).<sup>96</sup> Inactividad en este sentido, aun cuando se trate de un concepto empírico no normativo<sup>97</sup>, no está limitada a la inactividad fáctica, sino que se extiende también a la inactividad “normativa”, es decir, situaciones en las cuales la inactividad se debe a obstáculos normativos (procesales), en particular amnistías absolutas (que son generalmente inadmisibles)<sup>98</sup>. En esta situación se presentan dos posibilidades: Primero, una investigación (de fondo) es excluida *a limine*, ya que los órganos encargados de la investigación están autorizados solo para aplicar el respectivo obstáculo procesal para el caso en cuestión y finalizar el procedimiento si es aplicable; este caso puede ser considerado como una inactividad (a priori)<sup>99</sup>. Segundo, algunas medidas de investigación son llevadas a cabo, decidiendo luego no llevar el caso a juicio (inactividad a posteriori)<sup>100</sup>. Este caso entra en el ámbito del art. 17 (1) (b)<sup>101</sup> y su admisibilidad dependerá del test de falta de voluntad o incapacidad, analizado más abajo (4.3).

#### 4.2. Inadmisibilidad por actividad del Estado (artículos 17 (1) (a)-(c) y 20 (3))

Al distinguir entre investigación (art. 17 (1) (a)), enjuiciamiento (art. 17 (1) (b)) y juicio 17 (1) (c) en relación con el art. 20 (3)), la norma persigue cubrir todos los estadios procesales desde la investigación hasta la etapa de juicio. Los criterios deben ser considerados taxativos<sup>102</sup>. La

<sup>95</sup> Ver AMBOS, en BOHLANDER (ed.), *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, 2007, p. 448; véase también EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 161.

<sup>96</sup> OTP, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, para. 21, 81.

<sup>97</sup> AMBOS, en BOHLANDER (ed.), *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, 2007, p. 130, para. 37.

<sup>98</sup> Véase sobre esta discusión AMBOS, en BOHLANDER (ed.), *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, 2007, pp. 86 y ss., para. 24 ss., quien distingue entre amnistías absolutas (inadmisibles) y condicionales (potencialmente admisibles). Para un enfoque similar, indicando cinco criterios para evaluar las amnistías, véase STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 451 y ss.; también RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, pp. 171-72, p. 182 afirmando que “self-issued amnesties” no pueden bloquear la admisibilidad; OLÁSULO, en ALMQVIST/ESPÓSITO (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, 2009, pp. 268 y ss.

<sup>99</sup> AMBOS, en BOHLANDER (ed.), *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, 2007, pp. 135 y ss., para. 40; véase también STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 322; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 264; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, p. 160; BURKE-WHITE/KAPLAN, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 104 (en relación a Uganda); OLÁSULO, en ALMQVIST/ESPÓSITO (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, 2009, p. 270.

<sup>100</sup> Para la distinción *a priori/a posteriori* véase OLÁSULO, *The triggering procedure of the International Criminal Court*, 2005, pp. 149 y s., p. 166; OLÁSULO, en ALMQVIST/ESPÓSITO (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, 2009, pp. 260 y s.

<sup>101</sup> Véase también BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, p. 601 con nota al pie 50; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 264; WERLE, “Transitional Justice – Der juristische Rahmen”, en MÜLLER et al. (eds.), *Festschrift für Ulrich Eisenberg*, 2009, p. 804; OLÁSULO, en ALMQVIST/ESPÓSITO (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, 2009, pp. 271 y ss.

<sup>102</sup> A primera vista, el texto no apunta a ninguna dirección. Sin embargo, una formulación cerrada –como “including”– fue utilizada como si hubiera querido expresar un carácter abierto, y, más aún, el término “considers” ha sido interpretado como un delimitante deliberado a los criterios de los factores mencionados; BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, p. 606; MEIBNER, *Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem*

distinción entre varias etapas procesales corresponde a los diferentes momentos de aplicación de posibles excepciones desde el enjuiciamiento o castigo. Una amnistía, por ejemplo normalmente impide, según ya se indicó, un enjuiciamiento (subpara. (b)) o incluso una investigación (subpara. (a)), mientras que un indulto es una exención típica post condena solo aplicable después del juicio (subpara. (c))<sup>103</sup>; tal medida después de la condena difícilmente puede constituir un motivo para la admisibilidad, pues será difícil demostrar que fue establecida con el ánimo de proteger a la persona en cuestión de su responsabilidad penal (art. 17 (1) (c) en relación con el art. 20 (3) (a))<sup>104</sup>. La implícita distinción temporal en cuanto a la etapa procesal de la investigación<sup>105</sup> tiene una importancia secundaria, pues la admisibilidad depende del test de falta de voluntad e incapacidad establecido en los párrafos (a) y (b) además del párrafo (c) a través de la referencia del *ne bis in idem* hacia arriba (“upwards”)<sup>106</sup> en el art. 20 (3)<sup>107</sup>.

La norma supone una actividad del Estado<sup>108</sup>, más concretamente que el caso “sea objeto de una investigación o enjuiciamiento” (art. 17 (1) (a)) y si hay pruebas suficientes, ser finalmente juzgados<sup>109</sup>. Los requisitos de investigación y enjuiciamiento deben ser leídos en conjunto<sup>110</sup> pues, en cualquier caso, una vez que la investigación esté terminada, se debe tomar una decisión en orden a enjuiciar o no. En otras palabras, mientras una investigación en el sentido del subpara. (a) puede bloquear la intervención de la CPI por un cierto periodo (esto es, durante el tiempo en que el asunto sea “objeto de una investigación”), luego se debe adoptar una decisión a favor o en

---

*römischen Statut*, 2003, pp. 72 y s.; GROPPENHIEBER/MEISNER, “Amnesties and the Rome Statute of the ICC”, *ICLR* 5, 2005, p. 282; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 104.

<sup>103</sup> AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, p. 133, para. 39; véase también STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 429 y s. (discutiendo la amnistía).

<sup>104</sup> Véase también STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 334-5; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 266-7, criticando la respectiva laguna del art. 17 en el caso de medidas de clemencia sin efecto retroactivo en cuanto a la validez de la condena.

<sup>105</sup> Véase AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, p. 131, para. 38.

<sup>106</sup> EL ZEIDY, *MJIL* 32, 2002, p. 931; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 118 y s.; MEYER, “Complementing complementarity”, *ICLR* 6, 2006, p. 554; VAN DEN WYNGAERT/ONGENA, “*Ne bis in idem* principle, including the issue of amnesty”, en CASSESE/GAETA/JONES (eds.), *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, Vol. I, 2002, pp. 724 y ss.

<sup>107</sup> Ya anteriormente había tratado este punto con menor énfasis en AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, p. 133, para. 39. Por esta razón, por ejemplo, tiene importancia secundaria si la investigación deba estar completa (ver KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 117) o, que respecto del para. (1)(c), los recursos locales estén agotados (pp. 124 y s.).

<sup>108</sup> BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, pp. 600 y s. con nota al pie 48; KLEFFNER, “Complementarity as a catalyst for compliance”, en KLEFFNER/KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, 2006, p. 82.

<sup>109</sup> HRW, *Benchmarks for assessing possible national alternatives to International Criminal Court cases against LRA leaders*, mayo de 2007, pp. 4 y ss. (disponible en <[www.iccnw.org/documents/ficc0507web\[1\].pdf](http://www.iccnw.org/documents/ficc0507web[1].pdf)>), donde se requiere, además de credibilidad, tanto una investigación y enjuiciamiento imparcial e independiente y penas que reflejen la gravedad de los crímenes, como la rigurosa observancia de los estándares del debido proceso internacional.

Las condiciones del proceso, sin embargo, son irrelevantes para el tema de la admisibilidad; cfr. recientemente OTP, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, para. 83 y ss. (84).

<sup>110</sup> Ver AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, pp. 134 y s., para. 39.

contra del enjuiciamiento, siendo en ese preciso momento el art. 17 (1) (b) aplicable<sup>111</sup>. En caso de una decisión en favor del enjuiciamiento, la autoridad para tomar decisiones se traslada al juez de primera instancia (“trial judge”)<sup>112</sup>, siendo aplicable en este caso el art. 17 (1) (c).

Si bien el requisito del juicio del subpara. (c) plantea un pequeño problema (además del test del *ne bis in idem* hacia arriba del art. 20 (3) que se remite al estándar de falta de voluntad del art. 17 (2), tratado más adelante) es controvertido y crucial cómo (estrictamente) deben ser interpretados los términos “investigación” y “enjuiciamiento” de los subparas. (a) y (b). En cuanto al requisito investigación, es discutible si una investigación penal por el respectivo órgano de justicia criminal es necesaria o alternativa, incluso formas de investigación no judiciales<sup>113</sup>, en particular una (efectiva) Comisión de Verdad y Reconciliación (en adelante, CVR)<sup>114</sup> sería suficiente<sup>115</sup>. Una interpretación literal no aclara el punto, pues por un lado el término “investigación” solo implica una indagación sistemática y cuidadosa<sup>116</sup> y, por otro lado, el Estatuto de la CPI no expresa que una investigación “criminal” sea necesaria<sup>117</sup> ni transa con formas alternativas de responsabilidad<sup>118</sup>. Parece claro, sin embargo, que la “investigación” debe ser conducida por un órgano estatal, es decir, órganos no judiciales como una CVR deben ser creadas y contar con el apoyo estatal<sup>119</sup>, pues el deber de investigar y enjuiciar descansa sobre el Estado (ver supra 4.1.). A parte de lo anterior, una interpretación sistemática y teleológica del art. 17 indica que el objetivo de cualquier “investigación” es la persecución penal o la sentencia, es decir, evitar que el sospechoso sea sustraído “de su responsabilidad penal” (art. 17 (2) (a)) y “hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” (art. 17 (2) (b) y (c))<sup>120</sup>. Si bien esto no excluye una

<sup>111</sup> Este aspecto temporal ha sido aparentemente pasado por alto por CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, pp. 159 y ss., quien distingue de manera demasiado artificial entre investigación y enjuiciamiento y así aplica el art. 17 (1) (a) demasiado esquemáticamente a una amnistía.

<sup>112</sup> MEISNER, *Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem römischen Statut*, 2003, p. 77.

<sup>113</sup> Sobre esto ver AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, pp. 52 y ss. (para. 12 y ss.).

<sup>114</sup> Sobre los criterios que debe cumplir una CVR efectiva ver AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, pp. 52 ss. (especialmente pp. 65 y ss., para. 13 y ss. [16]).

<sup>115</sup> El asunto es dejado abierto por ROBINSON, “Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court”, *EJIL* 14, 2003, pp. 499 y s., pero su enfoque flexible general indica que él toma el “slightly broader approach” por el mismo discutido; indeciso también BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, p. 602 y EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 315; STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 211: el castigo debe ser “an option”.

<sup>116</sup> Ver por una definición STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 203.

<sup>117</sup> STAHN, “Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court”, *JICJ* 3, 2005, p. 697; SCHARF, “The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court”, *CornJIntL* 32, 1999, p. 525; BARTELT, “Die Zulässigkeit von Wahrheitskommissionen im Lichte des neuen Internationalen Strafgerichtshof”, *AVR* 43, 2005, p. 206; MAJZUB, “Peace and Justice? Amnesties and the International Criminal Court”, *MelbJIntL* 3, 2002, p. 267; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, p. 180.

<sup>118</sup> MEYER, *ICLR* 6, 2006, p. 565.

<sup>119</sup> Véase también CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, pp. 177 y 183; también por una investigación judicial EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 315.

<sup>120</sup> En este sentido también GAVRON, “Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court”, *ICLQ* 51, 2002, p. 111, argumentando que “to bring someone to justice” debe ser interpretado en sentido jurídico, y no en el sentido moral amplio. Más estricto aún HOLMES, “The principle of complementarity”, en LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*,

investigación preliminar por parte de una CVR con sus respectivas facultades (es decir, recomendar un procedimiento penal)<sup>121</sup> y, por cierto, el texto del art. 17 (1) (a) (“objeto de una investigación”) deja un margen para tales investigaciones alternativas<sup>122</sup>, su objetivo final debe ser siempre un procesamiento penal *stricto sensu*<sup>123</sup> en el cual se cumpla con los pre-requisitos de derecho y de hecho<sup>124</sup>. A su vez, esto significa que las investigaciones de carácter general sobre acontecimientos pasados, en los cuales no se individualice responsabilidad, y que por tanto, no pueden servir de base para un procesamiento penal o una sentencia, no satisfacen las exigencias de la investigación del art. 17. En suma, una indagación sistemática de los hechos y circunstancias del caso<sup>125</sup>, la ya mencionada investigación inicial o medidas mínimas de investigación<sup>126</sup>, es obligatoria con miras a un proceso penal. Por esta razón parece ser más adecuado evaluar mecanismos de justicia alternativos dentro del marco de la cláusula del interés de justicia del art. 53 (1) (c) y (2) (c).

Esta interpretación es confirmada por el segundo requisito, la decisión de enjuiciar<sup>127</sup>. Tal decisión solo puede ser tomada si se ha realizado una investigación sustancial de los actos concretos y de los sospechosos individualizados. En otras palabras, una decisión de enjuiciar presupone una

---

1999, p. 77: “Statute’s provisions on complementarity are intended to refer to criminal investigations”. En el mismo sentido KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 268 y ss. (270).

<sup>121</sup> Un buen ejemplo es una Comisión de Investigación como la Comisión Kahan de Israel establecida para investigar la responsabilidad del gobierno israelí y de oficiales militares, incluyendo al entonces Ministro de Defensa Ariel Sharon, por las atrocidades cometidas en los campos de refugiados de Sabra y Shatila en el Líbano en Septiembre de 1982, pues desde ya se había, de acuerdo a las Comisiones de Derecho a la Investigación israelíes de 1968 (reimpreso en inglés en *International Legal Materials* 22, 1983, p. 658), recomendado a la autoridad enjuiciar penalmente.

<sup>122</sup> Véase también SEIBERT-FOHR, “The relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for amnesties and truth commissions”, *MPUNYB* 7, 2003, p. 569 y STAHN, *JICJ* 3, 2005, pp. 697 y 711, argumentando en contra del requisito de una investigación penal por no encontrarse expresamente contemplada en el art. 17. En sentido similar CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, pp. 58 y s., p. 101; CÁRDENAS, en KLEFFNER/KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, 2006, p. 129; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, pp. 180-1. Demasiado restrictivo MEISNER, *Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem römischen Statut*, 2003, p. 76, para quien se requieren investigaciones dentro del marco de procedimientos penales; también SCHOMBURG/NEMITZ, en SCHOMBURG/LAGODNY/GLEß/HACKNER (eds.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 4a ed., 2006, p. 1730 en contra de un efecto “hacia arriba” del *ne bis in idem*.

<sup>123</sup> En tal sentido también SEIBERT-FOHR, *MPUNYB* 7, 2003, p. 569, vinculando la investigación al requisito del enjuiciamiento; también STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 203; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 269 y GROENIGER/MEISNER, *ICLR* 5, 2005, p. 287 afirmando que “proceedings which do not have the quality of a criminal proceeding cannot rule out prosecution by the Court” (énfasis agregado); similar CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, p. 137, destacando la necesidad de enjuiciamientos penales una vez que el trabajo de la CVR haya concluido; de acuerdo (modificando su primera postura) ROBINSON, *EJIL* 14, 2003, pp. 144 y s. (respecto a la posibilidad de enjuiciar penalmente después de una investigación).

<sup>124</sup> Véase también STAHN, *JICJ* 3, 2005, pp. 711 y s.

<sup>125</sup> CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, p. 58; CÁRDENAS, en KLEFFNER/KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, 2006, pp. 117 y 119; MURPHY, “Establishing a Precedent in Uganda: The Legitimacy of National Amnesties under the ICC”, *Eyes on the ICC* 3, 2006, p. 44. véase también STAHN, *JICJ* 3, 2005, p. 710; SEIBERT-FOHR, *MPUNYB* 7, 2003, p. 588; STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 203.

<sup>126</sup> Véase *supra* nota 88 y su texto.

<sup>127</sup> Véase también AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, p. 138, para. 41.

investigación criminal, o al menos, una investigación individualizada, que la preceda y la prepare<sup>128</sup>. Evidentemente, el enjuiciamiento se refiere a un enjuiciamiento penal<sup>129</sup>, no siendo el requisito el enjuiciamiento en sí, sino la “decisión” de enjuiciar. Esto presupone que el órgano que toma esta decisión debe al menos tener dos opciones, es decir, enjuiciar o no enjuiciar<sup>130</sup>.

### 4.3. Admisibilidad por falta de voluntad o incapacidad (artículo 17 (2) y (3))

#### a. Observaciones preliminares

Si se entiende, como se ha sugerido aquí, la complementariedad *stricto sensu* de un modo triple, toda acción del Estado mencionada en el art. 17 (1) (a)-(c) crea solo una presunción de inadmisibilidad que puede ser refutada por el establecimiento de una falta de voluntad o de incapacidad de acuerdo al art. 17 (2) y (3). Esto también es válido para el subpara. (1) (c), ya que presenta los criterios del subpara. 2 (a)-(c) recurriendo al art. 20 (3). Así, en suma, para declarar una situación o un caso admisible se requiere, en última instancia, establecer la falta de voluntad (subpara. 1 (a) -(c) en relación con el para. 2) o incapacidad (subpara. 1 (a), (b) con respecto al para. 3) por parte del respectivo sistema de justicia nacional. El peso de la prueba recae, por regla general, sobre el Fiscal, es decir, él debe probar la falta de voluntad o la incapacidad<sup>131</sup>. Sin embargo, la Corte depende de la cooperación del respectivo Estado en el otorgamiento de la información relativa a las medidas adoptadas por el sistema de justicia nacional (Regla 51, 55 (2) RPP); de hecho, se puede argumentar que el proveer de pruebas concluyentes de que se está actuando como corresponde, está establecido en el interés superior del Estado<sup>132</sup> y que, por lo tanto, la carga recae sobre el Estado<sup>133</sup>.

La interpretación de los criterios establecidos en los paras. 2 y 3 resultan complejos e inestables, porque son altamente normativos y muy abiertos a un juicio de valor<sup>134</sup>. Algunas doctrinas proponen un enfoque alternativo uniendo la falta de voluntad y la incapacidad en un solo requisito<sup>135</sup>. Ha habido también controversia en torno a si los criterios han de entenderse

<sup>128</sup> Véase también STAHN, *JICJ* 3, 2005, p. 712.

<sup>129</sup> Cfr. CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, p. 58, p. 101; STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 205; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 268 y s.

<sup>130</sup> ROBINSON, *EJIL* 14, 2003, p. 500; véase también STAHN, “The geometry of transitional justice: choices of institutional design”, *LJIL* 18, 2005, p. 463.

<sup>131</sup> Ver EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 163; también OTP, *Complementarity*, para. 55, 56 el que, sin embargo, como regla, propone imponer el peso de la prueba a la parte que plantea una cuestión específica (para. 54).

<sup>132</sup> RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, pp. 53-54 (pero después, pp. 55 y s. aboga por la supresión de la regla 51); BURKE-WHITE/KAPLAN, en STAHN/SLUITER SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 110.

<sup>133</sup> EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 163; OTP, *Complementarity*, para. 54 y 56 dando ejemplos de desplazamientos del peso de la prueba.

<sup>134</sup> Ver AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, p. 139, para. 42 con más referencias; en el mismo sentido EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 236; BOTHE, *Friedenswarte* 83, 2008, p. 65.

<sup>135</sup> Véase KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 161 y 342, sugiriendo la “effectiveness of the national proceedings” como un criterio general.



objetivamente, subjetivamente, o de ambos modos<sup>136</sup>. Parece estar claro, sin embargo, que el término “genuinamente”<sup>137</sup> (para. (1) (a), (b)) –“la palabra menos objetable”– fue inserto para dar al test de falta de voluntad/incapacidad un significado más concreto y objetivo<sup>138</sup>. Sin embargo, el término también requiere –más bien subjetivamente– buena fe y seriedad<sup>139</sup> por parte del respectivo Estado con respecto a la investigación y al enjuiciamiento<sup>140</sup>. De la jurisprudencia en materia de derechos humanos se extrae que el Estado tiene “la obligación de usar todos los medios legales a su disposición” para llevar adelante de manera efectiva y seria la investigación y el proceso que conduzca a la identificación y castigo del responsable<sup>141</sup>; solo una investigación de este tipo, conforme con los estándares en materia de derechos humanos, puede ser calificada como genuina<sup>142</sup>. En este contexto, sería difícil sostener, por ejemplo, que el Estado, que opta por una CVR efectiva teniendo en mente como objetivo final la consecución de la paz, no tiene “genuinamente” voluntad<sup>143</sup>. En todo caso, el término implica una doble test objetivo-subjetivo<sup>144</sup>

<sup>136</sup> Ver en el proceso de redacción del “OTP Policy Paper” DICKER, HRW, “Session 1: Transcript, First public hearing of the OTP”, de 17-18 de junio de 2003. Disponible en la siguiente página web: <<http://www2.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Network+with+Partners/Public+Hearings/First+Public+Hearing/Session+1/>>. Sobre un enfoque subjetivo-objetivo también WEL, *Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs*, 2007, p. 73. Sobre algunas oposiciones de los Estados a los elementos subjetivos HOLMES, en LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, 1999, p. 49; EL ZEIDY, *MJIL* 32, 2002, p. 899. Crítico en la esencia del término KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 115 y s.

<sup>137</sup> El término “genuinamente” no se encuentra en la versión castellana del Estatuto de Roma. La versión en castellano utiliza la expresión “realmente”, pero referida solo a la “incapacidad” y no a la “falta de voluntad”.

<sup>138</sup> Cfr. HOLMES, en LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, 1999, p. 50: “[...] the least objectionable word”; HOLMES, “Complementarity: national courts versus the ICC”, en CASSESE/GAETA/JONES (eds.), *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, Vol. I, 2002, p. 674; véase también EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 163 ss. (166); EL ZEIDY, *MJIL* 32, 2002, p. 900; CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, p. 110.

<sup>139</sup> HOLMES, en LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, 1999, p. 674; BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, p. 605; CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, pp. 110-111; CÁRDENAS, en KLEFFNER/KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, 2006, pp. 168 y s.; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 164-165; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, p. 52. También sobre posibles estándares STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 218 y ss.

<sup>140</sup> No se refiere al procedimiento “unwilling or unable”; cfr. EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 165; STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 216 con nota al pie 701. La versión francesa del Estatuto expresa esto más inequívocamente (“véritablement à bien”); ver MOREL, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la cour pénale internationale le cas particulier des amnisties*, 2005, pp. 99 y s.; también KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 115. La versión alemana (no oficial) habla de “die Ermittlungen oder die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen”.

<sup>141</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), por ejemplo en *Paniagua Morales et al vs. Guatemala*, Sentencia de 8 de marzo de 1998, para. 173; véase también Corte IDH, *Zambrano-Vélez vs. Ecuador*, Sentencia de 4 julio de 2007 para. 123; *Escué-Zapata vs. Colombia*, Sentencia de 4 julio de 2007, para. 106. En gran medida sobre las normas aplicables en este contexto STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 219 y ss.; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 175 y ss.

<sup>142</sup> En sentido similar VAN DER WILT/LYNGDORF, “Procedural obligations under the European Convention on Human Rights: Useful guidelines for the assessment of “unwillingness” and “inability” in the context of the complementarity principle”, *ICLR* 9, 2009, pp. 39 y ss., argumentando que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del deber de investigar las violaciones flagrantes a los derechos humanos y su concreta evaluación de la práctica de los Estados sirve como una guía útil tanto para la falta de voluntad o incapacidad de estos como para otros Estados. Véase también EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 167 sin embargo, no es correcto que la mencionada jurisprudencia defina el término “genuino”.

<sup>143</sup> SEIBERT-FOHR, *MPUNYB* 7, 2003, p. 570.

<sup>144</sup> STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 216.

el que se encuentra indirectamente definido en los paras. 2 y 3<sup>145</sup>. Además, se puede detectar una diferencia estructural entre falta de voluntad e incapacidad en el siguiente sentido: mientras en el primer caso un, en principio, sistema judicial operativo es políticamente manipulado para generar impunidad de los autores poderosos e influyentes, en el segundo tal sistema, en el peor de los casos, ni siquiera existe físicamente o se encuentra sustancialmente colapsado o no disponible<sup>146</sup>.

#### b. Falta de voluntad

La falta de voluntad no se encuentra definida en el Estatuto. El art. 17 (2) solo especifica los criterios que deben ser considerados: (1) propósito de sustraer de la responsabilidad penal, (2) demora injustificada, y (3) falta de independencia o imparcialidad. La lista es taxativa<sup>147</sup> y debe ser aplicada –de acuerdo al texto (“una o varias de las siguientes”)– en la respectiva alternativa<sup>148</sup>. Sin embargo, la existencia de alguno de esos criterios no necesariamente conduce a la constatación de falta de voluntad, pues la Corte los “examinará” para determinar la falta de voluntad (art. 17 (2)); de este modo, tales factores son necesarios, pero no suficientes para determinar por sí mismo la falta de voluntad<sup>149</sup>.

Por otro lado es importante destacar que la obligación de investigar recae en el Estado. No puede ser sustituido por un órgano no estatal o por una entidad internacional<sup>150</sup>. En consecuencia, la falta de voluntad debe ser también atribuida al Estado<sup>151</sup>, que debe reflejar –al contrario de la

<sup>145</sup> Cfr. STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 218.

<sup>146</sup> Para un análisis general ver BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, pp. 613 y ss.; por una distinción similar SEILS/WIERDA, *ICTJ*, 2005, p. 6; véase también CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, pp. 138 y ss.; por una propuesta y análisis concreto de los criterios de la incapacidad respecto de la República Democrática del Congo ver BURKE-WHITE, “Complementarity in practice: The International Criminal Court as part of a system of multi-level global governance in the Democratic Republic of Congo”, *LJIL* 18, 2005, pp. 576 y ss., quien sugiere (p. 576) cuatro criterios “to judge the effectiveness of judicial systems in states recovering from a total or substantial judicial collapse”, a saber: disponibilidad de un personal judicial con experiencia e imparcialidad, una infraestructura legal viable, una legislación operativamente adecuada y una capacidad política suficiente. Para ARSANJANI/REISMAN, “The International Criminal Court and the Congo: From theory to reality”, en SADAT/SCHARF (eds.), *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, 2008, p. 329, existe incapacidad si “the system [...] in unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or (is) otherwise unable to carry out its proceedings”.

<sup>147</sup> Véase STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 257-258, p. 314; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 104; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 168; PICHON, *ICLR* 8, 2008, p. 191; para más referencias ver AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, p. 139, para. 42 con nota al pie 376; en contra MOREL, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la cour pénale internationale le case particulier des amnisties*, 2005, p. 117; también RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, pp. 42 y s., p. 57 (pero confuso).

<sup>148</sup> MOREL, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la cour pénale internationale le case particulier des amnisties*, 2005, p. 116; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 134.

<sup>149</sup> STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 258 y p. 290 (como a la “demora injustificada”).

<sup>150</sup> Ver KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 109 y s.

<sup>151</sup> Para una discusión al respecto, véase STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 253 ss.

incapacidad (infra 4.3.3.)- su política<sup>152</sup>. Sin embargo, como los Estados no son monolíticos, sino entidades complejas y pluralistas compuestas de diferentes órganos con intereses y objetivos algunas veces opuestos, puede que no exista una política uniforme en la promoción o el bloqueo de las investigaciones penales y enjuiciamientos<sup>153</sup>. Puede ser también posible que un órgano del Estado (por ejemplo, gobierno nacional) intente bloquear una investigación mientras que otro órgano (ejemplo, Fiscal General) esté dispuesto a conducir la misma investigación. En este entendido, la situación o el caso debe ser considerado admisible si sobre la base de una evaluación general la falta de voluntad de sólo un órgano frustra toda la investigación. En otras palabras, un Estado no se puede encubrir entre la actividad positiva de un órgano si otros de sus órganos boicotean la investigación<sup>154</sup>.

En cuanto al primer elemento –“propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal” (para. 2 (a))- el término “propósito” sugiere una interpretación subjetiva en el sentido de una intención, objetivo o deseo específico del Estado de proteger al individuo responsable de la justicia (penal)<sup>155</sup>. Esta no debe ser la única o última intención<sup>156</sup>. Constituye, al mismo tiempo, una expresión de mala fe del respectivo Estado respecto de la intención de llevar al responsable ante la justicia<sup>157</sup>. Claramente, un umbral subjetivo alto plantea la difícil cuestión de un correcto estándar de prueba<sup>158</sup> y necesariamente requiere recurrir a indicios, de los cuales se pueda inferir el “propósito de mala fe” (evidencia circunstancial)<sup>159</sup>. Tales indicios pueden estar constituidos, por ejemplo<sup>160</sup>, por evadir normas legales del procedimiento a través del nombramiento de un investigador especial políticamente cercano al acusado, la remisión del caso a un tribunal secreto o especial (militar)<sup>161</sup>, asignación insuficiente de recursos o la falta de apoyo

<sup>152</sup> STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 275.

<sup>153</sup> Ver KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 106 y s.

<sup>154</sup> KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 107.

<sup>155</sup> ARBOUR/BERGSMO, “Conspicuous absence of jurisdictional overreach”, en VAN HEBEL/LAMMERS/SCHUKKING (eds.), *Reflections on the ICC*, 1999, p. 131 (“devious intent”); CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, pp. 115-6; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 316; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, p. 43. Para KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 135, el requisito del propósito se asemeja al *dolus directus*, el cual se refiere a la intención del Estado en el sentido del art. 16 del Proyecto de la Comisión Internacional de Derecho sobre la responsabilidad del Estado (State Responsibility) (p. 135 y s.).

<sup>156</sup> KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 137 y s. Véase también EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 170 apuntando que los redactores introdujeron el término “shielding” como un criterio objetivo.

<sup>157</sup> EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 175.

<sup>158</sup> KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 135; BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, pp. 609 y s.; STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 261 y s.; BEKOU, “Complementarity and the ICC: a dangerous gamble?”, en ULRICH (ed.), *The International Criminal Court: challenges and prospects, Proceedings of an international conference organised by the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC)*, 2005, pp. 73 y s.; MEISNER, *Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem römischen Statut*, 2003, p. 84; EVANS, “Amnesties, pardons and complementarity: does the International Criminal Court have the tools to end impunity?”, *Human Rights Law Commentary* 1, 2005, pp. 2-3; GAVRON, *ICLQ* 51, 2002, p. 111; MOREL, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la cour pénale internationale le cas particulier des amnisties*, 2005, p. 120 (“[...] une des tâches les plus ardues du Procureur”); BOTHE, *Friedenswarte* 83, 2008, p. 65.

<sup>159</sup> STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 252, 259, 262; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 136 y s.

<sup>160</sup> Para una discusión detallada ver STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 262 y ss.

<sup>161</sup> HOLMES, en CASSESE/GAETA/JONES (eds.), *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, Vol. I, 2002, p. 675.

y cooperación para los investigadores. Algunos de estos indicios también pueden servir como expresión de la no disponibilidad<sup>162</sup> de un sistema de administración nacional de justicia en el sentido del para. 3, por ejemplo, el limitado acceso al sistema de justicia,<sup>163</sup> como también la decisión de conceder amnistías absolutas e inmunidades<sup>164</sup> o una considerable reducción de la pena<sup>165</sup>. Mientras que los primeros ejemplos suponen un blindaje total, el último implica una protección parcial<sup>166</sup>. Sin embargo, mientras una amnistía puede demostrar bajo ciertas circunstancias mala fe, esto no es siempre ni necesariamente el caso<sup>167</sup>. Imaginemos una situación en la cual un Estado persigue como objetivo superior la paz y concede, de buena fe, una amnistía como medio necesario para lograr tal finalidad; en tal caso, un “propósito de mala fe” difícilmente podrá tener lugar<sup>168</sup>. Del mismo modo, si se reconoce el derecho a una transición pacífica sería contradictorio afirmar que la concesión de exenciones en función de asegurar la transición pudiese ser considerada como una forma de proteger a la persona y, de este modo, acreditar la falta de voluntad en el sentido del art. 17(2) (a)<sup>169</sup>. Por consiguiente, el hecho de que la impunidad será una consecuencia de una medida de exención no es per se suficiente para calificar tal medida de persecutora de un propósito de mala fe<sup>170</sup>. Además de lo anterior, la decisión o el procedimiento que implique una impunidad debe ser tomado “con el propósito de sustraer” (art. 17 (2) (a)) o, en otras palabras, el no enjuiciamiento debe haber “obedecido” (art. 17 (1) (b)) a dicha decisión o procedimiento. De este modo debe haber una relación de causalidad entre la acción del Estado (propósito) y la respectiva consecuencia (sustracción)<sup>171</sup>.

Mientras que el subpara. (a) del art. 17 (2) exige una interpretación más subjetiva, los subparas. (b) y (c) han de ser interpretados de manera más objetiva<sup>172</sup>. A pesar que el término “intención”,

<sup>162</sup> La versión en castellano en el art. 17 (3) no habla de “no disponibilidad” (unavailability) sino de “carece”.

<sup>163</sup> Ver para tal discusión infra c) con nota al pie 228 ss. (234). En este contexto STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 266 y s.

<sup>164</sup> KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 136; PICHON, *ICLR* 8, 2008, pp. 194-5 (considerando, sin embargo, que las amnistías son más un caso de no disponibilidad en el sentido del art. 17 (3), ver infra nota 237). También en contra de las amnistías absolutas en este contexto EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 175 (“clear-cut example” de protección); STAHN, *JICJ* 3, 2005, p. 714; GROPPENGIEßER/MEISNER, *ICLR* 5, 2005, p. 285.

<sup>165</sup> KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 137 (“sentence [...] manifestly insufficient in light of the gravity of the crime(s) in question and the form of participation of the accused”), pero también apuntando al “large margin of appreciation” en lo que respecta a la condena. Véase también respecto el régimen de Uganda de sentencias alternativas BURKE-WHITE/KAPLAN, en STAHN/SLUITER SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, pp. 106 y 111.

<sup>166</sup> Sobre esta distinción STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 260, mencionando expresamente una pena inferior como una forma de protección parcial.

<sup>167</sup> Por un enfoque flexible STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 424 y ss. (también pp. 463 y ss.); demasiado estricto CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, p. 117, p. 164 y pp. 183-4; CÁRDENAS, en KLEFFNER/KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, 2006, p. 130.

<sup>168</sup> SEIBERT-FOHR, *MPUNYB* 7, 2003, p. 570; sobre este dilema en la justicia transicional ver también STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 420 y ss., pp. 429 y ss., pp. 463 y ss.

<sup>169</sup> Véase sin embargo GAVRON, *ICLQ* 51, 2002, pp. 111 y s.

<sup>170</sup> Más estricto CÁRDENAS, en KLEFFNER/KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, 2006, p. 131, afirmando que la impunidad como un cierto “collateral damage” debe ser considerada parte del propósito.

<sup>171</sup> Véase también STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 260.

<sup>172</sup> BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, p. 610; véase también EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 168, p. 316; EL ZEIDY, *MJIL* 32, 2002, p. 901.

presente en ambos apartados normalmente conlleva a un significado subjetivo, este debe ser leído dentro de su contexto, el cual hace referencia a criterios objetivos como la “demora injustificada”, independencia e imparcialidad y las “circunstancias”, lo cual implica una lectura en general objetiva, aunque siempre indicando mala fe<sup>173</sup>. Una demora “injustificada” exige menos del Estado que una demora “indebida” pues aquella da al Estado la posibilidad de presentar las justificaciones del retraso y, así, evitar el juicio de falta de voluntad por esta razón; de hecho, los redactores quisieron otorgarle a los Estados parte tal posibilidad y por ello prefirieron utilizar la palabra “injustificada” en vez de “indebida”<sup>174</sup>. Como el Estatuto no define este concepto, se puede recurrir a las reglas del debido proceso de los instrumentos sobre derechos humanos<sup>175</sup>, tomando en cuenta la complejidad del caso<sup>176</sup>, la conducta de las partes<sup>177</sup> y la duración (comparativa) de los procesos penales en el Estado respectivo<sup>178</sup>; este último también se desprende de la regla 51 RPP, según la cual la Corte debe considerar la información otorgada por el Estado en cuestión, la cual demuestra que sus tribunales “reúnen las normas y estándares” internacionalmente reconocidos<sup>179</sup>. Sin embargo, una demora en este sentido solo es relevante si es contraria a la finalidad del art. 17, esto es, llevar al sospechoso ante la justicia<sup>180</sup>. Una demora puede ser “injustificada”, en particular, si pudo haber sido evitada a través del empleo de un cuidado adecuado<sup>181</sup>; las restricciones económicas o administrativas no son justificadas. De cualquier modo, la decisión no puede ser tomada in abstracto, sino caso a caso, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto<sup>182</sup>.

El subpara. 2 (c) –que requiere procedimientos independientes e imparciales– está basado en el art. 10 (2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y el art. 9 (2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, los que usan el término en el contexto del *ne bis in idem* (ver también art. 20 (3) (b) Estatuto de la CPI).

<sup>173</sup> STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 290.

<sup>174</sup> BENZING, MPYBUN 7, 2003, pp. 610-1; STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 289; véase también HOLMES, en LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, 1999, p. 54; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 181; EL ZEIDY, MJIL 32, 2002, p. 900; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, p. 45; MOREL, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la cour pénale internationale le cas particulier des amnisties*, 2005, p. 121.

<sup>175</sup> BENZING, MPYBUN 7, 2003, p. 610-1; véase también MOREL, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la cour pénale internationale le cas particulier des amnisties*, 2005, p. 122; BEKOU, en ULRICH (ed.), *The International Criminal Court: challenges and prospects, Proceedings of an international conference organised by the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC)*, 2005, p. 74; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 140 y ss.; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 183 y ss.

<sup>176</sup> EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 187 y s.

<sup>177</sup> EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 188 y ss.

<sup>178</sup> EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 194; PICHON, ICLR 8, 2008, p. 195; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, p. 45.

<sup>179</sup> Véase también EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 194.

<sup>180</sup> Véase también EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 183 y 317.

<sup>181</sup> Cfr. CÁRDENAS, en KLEFFNER/KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, 2006, pp. 119-120.

<sup>182</sup> Véase KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 140; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 182 y 184; BEKOU, en ULRICH (ed.), *The International Criminal Court: challenges and prospects, Proceedings of an international conference organised by the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC)*, 2005, p. 75; VAN DER WILT/LYNGDORF, ICLR 9, 2009, p. 60.

El caso debería ser admisible por falta de voluntad si los procedimientos nacionales, incluidas las respectivas investigaciones<sup>183</sup>, no fueron independientes o imparciales. Estos conceptos pueden definirse tomando como fuente, en particular, la jurisprudencia (europea) de derechos humanos<sup>184</sup>. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ambos conceptos están estrechamente vinculados. Para la independencia “se debe tener en cuenta, *inter alia*, el modo de designación de los miembros y sus periodos, la existencia de garantías contra presiones externas y si el organismo presenta una apariencia de independencia”<sup>185</sup>. En cuanto a la imparcialidad, el TEDH distingue entre libertad de parcialidad personal del respectivo tribunal y –objetivamente– la existencia de garantías suficientes de imparcialidad<sup>186</sup>. La imparcialidad ha sido definida en términos similares por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (en adelante, TPIY) en *Furundzija* afirmando que “existe una regla general que un Juez no solo debe ser subjetivamente libre de parcialidad, sino también que no exista nada en las circunstancias envolventes que objetivamente den una apariencia de parcialidad”<sup>187</sup>. En suma, la independencia se refiere a la influencia externa en los tribunales y procedimientos, mientras que la imparcialidad se refiere a la posible parcialidad del personal del tribunal<sup>188</sup>. Una “efectiva”, esto es, *inter alia*, CVR<sup>189</sup> independiente e imparcial puede contrarrestar la falta de independencia o imparcialidad<sup>190</sup>.

Ambos subparas. (b) y (c) requieren la demora injustificada y la falta de independencia o imparcialidad sean “incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”. Este requisito, que opera además de los anteriores<sup>191</sup> y que agrega un elemento de subjetividad<sup>192</sup>, remite al subpara. (a) en el sentido que confirma que la persona no debe ser sustraída de su responsabilidad criminal, es decir, investigado y enjuiciado penalmente<sup>193</sup>. Si se defiende un concepto amplio de justicia, como este autor<sup>194</sup>, un procedimiento

<sup>183</sup> Cfr. STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 300, pp. 308-309.

<sup>184</sup> BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, p. 612; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, p. 47; STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 300 y ss. Examinando la jurisprudencia con más detalle, véase también VAN DER WILT/LYNGDORF, *ICLR* 9, 2009, pp. 51 y ss.; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 145 y ss.; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 196 y ss.

<sup>185</sup> TEDH, *Langborger v. Sweden*, *ECtHR judgement*, de 22 de junio de 1989 (11179/84), para. 32: “[...] regard must be had, *inter alia*, to the manner of appointment of the members and their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence”; TEDH, *Findlay v. United Kingdom*, *ECtHR judgement*, de 25 de febrero de 1992 (22107/93), para. 73.

<sup>186</sup> TEDH, *Findlay v. United Kingdom*, para. 73: “First, the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias. Secondly, it must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect.”; TEDH, *Pullar v. United Kingdom*, *ECtHR judgement*, de 10 de junio de 1996 (22399/93), para. 30.

<sup>187</sup> TPIY, *Prosecutor v. Furundžija, Appeal’s judgement*, de 21 de julio de 2000 (IT-95-17/1), para. 189: “[...] there is a general rule that a Judge should not only be subjectively free from bias, but also that there should be nothing in the surrounding circumstances which objectively gives rise to an appearance of bias”.

<sup>188</sup> RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, p. 46.

<sup>189</sup> Sobre el criterio de “eficacia” ver la referencia ya hecha en *supra* nota 114.

<sup>190</sup> Véase AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, pp. 143 y s., para. 43; también RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, p. 181.

<sup>191</sup> Cfr. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 143, pp. 149 y s.

<sup>192</sup> CARNERO ROJO, *LJIL* 18, 2005, p. 835.

<sup>193</sup> Ver *supra* nota 120 con texto principal.

cuasi judicial, conducido por ejemplo por una efectiva CVR, aunque con la posibilidad de un proceso penal y una sanción posterior, sería en tal sentido suficiente<sup>195</sup>. Controvertido es, sin embargo, si el respectivo procedimiento judicial debe satisfacer los estándares del debido proceso<sup>196</sup>. Si bien la redacción del art. 17, especialmente la referencia a los “principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional” (para. 2) como también las referencias a la demora injustificada (para. 2 (b)) y la independencia/imparcialidad (para. 2 (c)), pareciera sugerir que<sup>197</sup>, la historia de la redacción de la norma y la lógica del art. 17 hablan en su contra<sup>198</sup>. Las propuestas que incluían la equidad procesal fueron rechazadas durante las negociaciones<sup>199</sup>. La función del art. 17 no es garantizar el debido proceso –los respectivos derechos están expresamente establecidos en el art. 67– pero con la finalidad de impedir la impunidad, ejerciendo presión sobre los Estados para enjuiciar y castigar los crímenes nucleares internacionales, y ante una negativa, remitir los casos ante la CPI<sup>200</sup>. Esto deriva claramente del requisito “intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” contemplado al final de los subpara. (b) y (c). Con este requisito queda claro que el hacer comparecer a la persona ante la justicia es –además (“y”) de procedimientos rápidos, independientes e imparciales– el objetivo principal de ambos subparas<sup>201</sup>.

De este modo, la situación bajo los subparas. (b) y (c) difiere de la situación bajo los derechos humanos en que el propósito del art. 17 es primeramente impedir la impunidad y no la protección de los derechos procesales. El art. 17 se trata sobre la admisibilidad y no sobre el debido proceso. La CPI es una corte penal y no de derechos humanos. De hecho dentro del marco de la admisibilidad, es más importante asegurar que la persona sea conducida ante la justicia que proteger sus garantías procesales. La existencia de tales derechos a nivel nacional haría mucho más difícil condenar a los acusados, y así operaría a favor de la admisibilidad ante la CPI; mientras que la ausencia de dichos derechos haría más fácil la función de condenar, dificultando

<sup>194</sup> AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, pp. 10 y ss., para. 2 con mayores referencias. Véase también STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 433 y ss., pp. 446 y ss.

<sup>195</sup> Véase AMBOS, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, 2009, pp. 143 y s., para. 43 con mayores referencias.

<sup>196</sup> Para una crítica convincente sobre el “due process thesis” ver HELLER, “The shadow side of complementarity: the effect of article 17 of the Rome Statute on national due process”, *CLF* 17, 2006, pp. 260 y ss. Véase también CARNERO ROJO, *LJIL* 18, 2005, pp. 836 y ss. (especialmente pp. 852 y ss.); PICHON, *ICLR* 8, 2008, pp. 192 y ss.

<sup>197</sup> HELLER, *CLF* 17, 2006, pp. 258 y s.; también KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 127 y ss.; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 169; en contra CARNERO ROJO, *LJIL* 18, 2005, pp. 837 y s., (p. 852), considerando una interpretación literal “not decisive” y remarcando el significado ambivalente de “justice” como “trial” (proceso) o “accountability” (resultado).

<sup>198</sup> Para una interpretación más detallada y discusión al respecto ver CARNERO ROJO, *LJIL* 18, 2005, pp. 838 y ss., concluyendo que en la historia de la redacción se muestra claramente que los redactores estaban a favor de la intervención de la CPI solo cuando los procesos internos injustos fueren conducidos con la intención de proteger a la persona frente a la justicia (p. 852); HELLER, *CLF* 17, 2006, pp. 262 y s., pp. 270 y ss.; PICHON, *ICLR* 8, 2008, p. 193.

<sup>199</sup> HELLER, *CLF* 17, 2006, pp. 272-3; CARNERO ROJO, *LJIL* 18, 2005, p. 849; PICHON, *ICLR* 8, 2008, p. 193.

<sup>200</sup> Véase STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 221.

<sup>201</sup> Véase también PICHON, *ICLR* 8, 2008, p. 193; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 152: “[...] blind spot vis-à-vis unfair proceedings”.

la admisibilidad ante la CPI a favor de la jurisdicción nacional<sup>202</sup>. Desde la perspectiva de la complementariedad, por tanto, la ausencia del debido proceso es la opción preferida. Otra lectura del art. 17 (2) (b) y (c) es solo posible si los criterios del debido proceso y el requisito de “intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” hubieren sido redactados de manera disyuntiva en vez de conjuntiva<sup>203</sup>. O habría que interpretar la cláusula del debido proceso en sentido amplio en atención a los principios y estándares relativos al deber de investigar, enjuiciar y castigar los crímenes internacionales<sup>204</sup>.

Comparando los subparas. (a), (b) y (c) se puede concluir que la mala fe se encuentra en el centro del test de falta de voluntad<sup>205</sup>. El punto crucial está en si los procedimientos no son “genuinos”, en el sentido ya explicado, es decir, si la desviación de un procedimiento genuino es tal que debe ser considerado como una expresión de mala fe del Estado y, por tanto, realizado sin voluntad<sup>206</sup>. En consecuencia, el test de la “falta de voluntad” gira en torno a la calidad de los procedimientos, su seriedad y buena fe con miras a conducir a la persona ante la justicia, no se trata de realizar juicios morales sobre el sistema nacional de justicia en cuestión<sup>207</sup>. Pueden existir razones legítimas para no investigar, enjuiciar o condenar, por ejemplo, falta de evidencia, falta de interés público o consideraciones de índole política<sup>208</sup>. Además, el umbral del subpara. (a) es considerablemente más alto que el de los subparas. (b) y (c). Así, pareciera que el subpara. (a) comprende a los subparas. (b) y (c)<sup>209</sup>, por lo que es aconsejable que el Fiscal examine en primer lugar estos criterios y solo una vez que sean satisfecho, analice el subpara. (a)<sup>210</sup>. En cualquier caso, el umbral del para. 2 es en general alto<sup>211</sup>.

### c. Incapacidad

Si bien el concepto de incapacidad es más objetivo y fáctico que la falta de voluntad<sup>212</sup>, su correcta interpretación aún crea problemas<sup>213</sup>. La incapacidad está determinada por tres eventos: (1)

<sup>202</sup> Véase también BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, p. 612 s.; PICHON, *ICLR* 8, 2008, pp. 193 y s., p. 196; VAN DER WILT/LYNGDORF, *ICLR* 9, 2009, pp. 63 y s., pp. 67 y ss.; HELLER, *CLF* 17, 2006, p. 257, pp. 261 y s.

<sup>203</sup> Véase HELLER, *CLF* 17, 2006, pp. 279 y s. con una nueva propuesta de reforma al art. 14.

<sup>204</sup> Para esto ver una interpretación atípica en KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 131 y ss.

<sup>205</sup> CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, p. 113; STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 290; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 168 y 236.

<sup>206</sup> STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 252.

<sup>207</sup> Cfr. STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 252.

<sup>208</sup> Véase para una discusión de estas razones STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 309 y ss.

<sup>209</sup> Véase también EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 170.

<sup>210</sup> PICHON, *ICLR* 8, 2008, pp. 195 y s.

<sup>211</sup> EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 170.

<sup>212</sup> HOLMES, en CASSESE/GAETA/JONES (eds.), *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, Vol. I, 2002, p. 677; WEI, *Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs*, 2007, p. 74; EVANS, *Human Rights Law Commentary* 1, 2005, p. 4; MOREL, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la cour pénale internationale le case particulier des amnisties*, 2005, p. 129; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 152 y s.; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 222.

<sup>213</sup> Ver EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 227 con referencias de ambas posiciones.



colapso “total”, (2) colapso “sustancial” o (3) el “carecer” de un sistema de justicia nacional<sup>214</sup>. Los eventos mencionados que conllevan a la incapacidad<sup>215</sup> del Estado implican que este “no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio” (art. 17 (3))<sup>216</sup>.

Un colapso total presupone que el sistema judicial en su conjunto –no solo temporal o parcialmente– no funcione más<sup>217</sup>. En este sentido, un colapso total puede ser equiparado a la inactividad, como ya se discutió anteriormente (2.2.1.)<sup>218</sup>. Este es, por ejemplo, el caso en que las autoridades de un Estado han perdido el control sobre su territorio en la medida en que la administración de justicia se ha roto completamente, o donde las autoridades, si bien ejercen (algún) control (militar o político) sobre el territorio, no efectúan tal administración<sup>219</sup>. De este modo, el colapso total puede definirse como “una ruptura completa de la administración nacional de justicia, ya sea debido a que el Estado pierde el control sobre el territorio o debido a la decisión interna de borrar la administración nacional de justicia”<sup>220</sup>.

En cuanto a un colapso sustancial, es discutido si la disposición implica una evaluación cuantitativa y/o cualitativa<sup>221</sup>. Se debe tomar en cuenta que el término original “parcial”, fue reemplazado por “sustancial” a fin de aumentar el umbral de admisibilidad y reafirmar la supremacía de las jurisdicciones nacionales.<sup>222</sup> Esto significa que se requiere de una interpretación restrictiva. El colapso es “sustancial” si produce un gran o significativo impacto en el

<sup>214</sup> ARSANJANI/REISMAN, en SADAT/SCHARF (eds.), *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, 2008, p. 329; OTP, *Complementarity*, para. 49; EL ZEIDY, *MJIL* 32, 2002, p. 903; PHILIPS, “The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and admissibility”, *CLF* 10, 1999, p. 79.

En la práctica es poco relevante si los calificativos “total o sustancial” también se refieren a la no disponibilidad, ver KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 153.

<sup>215</sup> “Judicial system” debe ser entendido ampliamente; ver KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 154.

<sup>216</sup> Para una discusión ver STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 326 y ss.

<sup>217</sup> CÁRDENAS, en KLEFFNER/KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, 2006, p. 125; CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, p. 126; STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 314 y s.: “[...] could arguably be temporary, albeit not too brief, [...]”.

<sup>218</sup> Cfr. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 154 y 160.

<sup>219</sup> BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, p. 614; MEIBNER, *Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem römischen Statut*, 2003, p. 86; GREPPI, “Inability to investigate and prosecute under article 17”, en POLITI/GIOIA (eds.), *The International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 63-64.

<sup>220</sup> PICHON, *ICLR* 8, 2008, p. 196: “[...] a complete breakdown of the national administration of justice, either due to the State’s loss of control over the territory or due to the national decision to efface the national administration of justice [...]”; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, p. 48; ELLIS, “The International Criminal Court and its implication for domestic law and national capacity building”, *Fla. J. Int’l L.* 15, 2002, pp. 238 y ss.

<sup>221</sup> Para “relevant facts and evidence”, ver OTP, *Complementarity*, para. 50.

<sup>222</sup> ARSANJANI/REISMAN, en SADAT/SCHARF (eds.), *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, 2008, pp. 330-331; HOFFMEISTER/KNOKE, “Das Vorermittlungsverfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof – Prüfstein für die Effektivität der neuen Gerichtsbarkeit im Völkerstrafrecht”, *ZaöRV* 59, 1999, pp. 785 y 798; PHILIPS, *CLF* 10, 1999, p. 79; MOREL, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la cour pénale internationale le cas particulier des amnisties*, 2005, p. 132; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 224 y ss.; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, pp. 48 y s.

funcionamiento del sistema nacional de justicia<sup>223</sup>. El sistema debe estar dañado a tal extremo que ya no es capaz, en general, de asegurar la investigación del caso ni tampoco el enjuiciamiento de los individuos<sup>224</sup>. Un colapso limitado geográficamente puede ser suficiente, esto es, si el control efectivo del Estado no se extiende a todo el territorio, pero falla en algunos lugares<sup>225</sup>; un buen ejemplo es la situación de la región de Ituri en la República Democrática del Congo<sup>226</sup>. Sin embargo, si tal colapso parcial (sustancial) puede ser compensado a través del desplazamiento de recursos y procedimientos a otro lugar, no se alcanza el umbral exigido<sup>227</sup>.

La determinación de la “no disponibilidad” es más difícil<sup>228</sup>, y no menos importante, pues en parte se superpone con el requisito del colapso sustancial<sup>229</sup>. Una interpretación literal amplia puede revelar tres potenciales aspectos: la no existencia de algo, la no accesibilidad a alguna cosa, y la inutilidad de un recurso, independientemente de su existencia y accesibilidad<sup>230</sup>. Esta lectura literal amplia<sup>231</sup> se encuentra conformada por argumentos sistemáticos (el art. 88 utiliza el término “availability”<sup>232</sup> en un sentido más amplio que la sola existencia de una legislación) y teleológicos (la “no disponibilidad” debe ser interpretada con la suficiente amplitud para reducir el número de situaciones en que la CPI deba referirse a los procedimientos nacionales, a pesar de la incapacidad actual del Estado de conducir los procesos)<sup>233</sup>. Tal lectura amplia permitiría también incluir situaciones, bajo el concepto de no disponibilidad, en donde un sistema jurídico,

<sup>223</sup> STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 316; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 226.

<sup>224</sup> BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, p. 614; STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 316.

<sup>225</sup> HALL, “Suggestions concerning International Criminal Court prosecutorial policy and strategy and external relations”, de 28 de marzo de 2003, p. 17; EL ZEIDY, *MJIL* 32, 2002, pp. 903 y s.; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 155; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, pp. 48 y s.; diferenciado STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 315 y s.

<sup>226</sup> WOUTERS/VERHOEVEN, “Cases identified for investigation and prosecution by the International Criminal Court”, en ANKUMAH/KWAKWA (eds.), *African Perspectives on International Criminal Justice*, African Legal Aid Special Series Vol. 3, 2005, pp. 133 y 138.

<sup>227</sup> Cfr. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 155; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 225.

<sup>228</sup> Crítico respecto a la falta de claridad MOREL, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la cour pénale internationale le case particulier des amnisties*, 2005, p. 133.

<sup>229</sup> Cfr. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 155 y 160.

<sup>230</sup> STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 316-7.

<sup>231</sup> Al contrario CÁRDENAS, en KLEFFNER/KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, 2006, p. 124; CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2005, p. 128, indica –basándose en la versión oficial en castellano del art. 17 (3) (“al hecho de que carece”)– que un sistema *solo* no tiene disponibilidad cuando no existe.

Véase también BURKE-WHITE, “Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice”, *CLF* 19, 2008, p. 74 (“lack of judicial infrastructure”); en contra HALL, “Suggestions concerning International Criminal Court prosecutorial policy and strategy and external relations”, de 28 de marzo de 2003, p. 17; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 226 y s.

<sup>232</sup> En la versión en español, el art. 88 habla de “procedimientos aplicables”.

<sup>233</sup> Ver OTP, *Complementarity*, para. 49 con nota al pie 15: “It is suggested that the term ‘unavailability’ should be given a broad interpretation, so as to cover the various ‘inability’ scenarios in the latter part of Article 17(3) and to cover typical cases of inability” (disponible en <<http://www2.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc656350.pdf>>).

Véase también STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 317-8; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 153 (“any unavailability”) y MEINER, *Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem römischen Statut*, 2003, p. 87, argumentando que existe un sistema judicial funcionando, pero que no puede por razones normativas o fácticas hacerse cargo del caso en particular.

en general, se encuentra establecido, pero in concreto no prevé un recurso judicial efectivo o el acceso a los tribunales, ya sea por razones políticas, legales o de hecho (capacidad sobrecargada), o no es capaz de producir los resultados deseados (traer al responsable ante la justicia)<sup>234</sup>. Si se acepta lo anterior, la jurisprudencia de derechos humanos en materia del recurso judicial efectivo contra violaciones graves a los derechos humanos puede proveer importantes directrices para el test de complementariedad<sup>235</sup>. En este sentido, las disposiciones de exención concedidas en los procesos de transición pueden no solo ser consideradas como un problema de falta de voluntad<sup>236</sup>, sino también como de incapacidad en el sentido de “no disponibilidad de derechos humanos”, es decir, una falta de un recurso judicial efectivo o el acceso a los tribunales<sup>237</sup>. Además, la ausencia o deficiencias de la legislación nacional en relación con el derecho penal internacional (por falta de implementación del Estatuto de la CPI) podría traducirse en un sistema nacional no disponible<sup>238</sup>. Como consecuencia de ello, la CPI podría calificar un sistema legal de Estado –por falta de implementación del Estatuto de la CPI– como “no disponible” en el sentido del art. 17 (3). La opinión contraria rechaza tales juicios sobre la calidad de un sistema

<sup>234</sup> Para una discusión más en detalle ver STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 319 y ss.; Véase también BENZING, *MPYBUN* 7, 2003, p. 614: “capacity overload”; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 227 y s.; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, p. 49.

<sup>235</sup> Este argumento ha sido recientemente desarrollado por VAN DER WILT/LYNGDORF, *ICLR* 9, 2009, pp. 39 y ss. argumentando que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos respecto del deber de investigar las violaciones flagrantes a los derechos humanos y su concreta evaluación de la práctica de los Estados sirve como una guía útil tanto para la falta de voluntad o incapacidad de estos como para otros Estados.

Véase también STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 222 y ss., p. 318.

<sup>236</sup> Cfr. GROPENGEIER/MEHRNER, *ICLR* 5, 2005, pp. 282 y ss.; WERLE, *Principles of International Criminal Law*, 2005, para. 193; KREICKER, “Völkerstrafrecht im Ländervergleich”, en ESER/SIEBER/KREICKER (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, Vol. VII, 2006, p. 305.

<sup>237</sup> En tal sentido O’SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, 2002, p. 126, argumentando que una falta de enjuiciamiento basada en una amnistía equivaldría a una incapacidad de enjuiciar debido a la no disponibilidad del sistema de justicia nacional del Estado; también por una incapacidad debido a una amnistía absoluta BURKE-WHITE, *LJIL* 18, 2005, p. 582; STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 322 (ley no “at disposal”); RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, p. 160 s.

Véase también PICHON, *ICLR* 8, 2008, p. 195 afirmando que “amnesties have to be subsumed in general under the notion of unavailability, since it would contradict the whole purpose of an amnesty if it could easily be lifted in a concrete case” y concluyendo respecto de Sudán (p. 223) que la inmunidad “leads to unavailability”. Véase también KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, p. 106 (respecto de la amnistía), p. 157 y s. (“statutory limitations”, “bar to carrying out the proceedings”); EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 227.

<sup>238</sup> KLEFFNER, “The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law”, *JICJ* 1, 2003, p. 89; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 156 y s.; EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, p. 227; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, pp. 49 y ss.; BEKOU, en ULRICH (ed.), *The International Criminal Court: challenges and prospects, Proceedings of an international conference organised by the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC)*, 2005, p. 78.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (*Prosecutor v. Bagaragaza*, Decision on the Prosecution’s motion for referral to the Kingdom of Norway, de 19 de mayo de 2006, ICTR-2005-86-R11, para. 16) otorga un ejemplo en la decisión en el caso *Prosecutor v. Bagaragaza*: aunque no en el contexto del Estatuto de la CPI, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda había decidido ya un asunto comparable cuando Noruega solicitó la remisión del caso mencionado a sus autoridades basándose en la regla 11bis ICTR RPE”). Debido a que Noruega no había implementado el crimen de genocidio en su legislación interna, la Cámara de juicio del Tribunal Penal Internacional para Ruanda concluyó que Noruega carecía de jurisdicción *ratione materiae* sobre los crímenes contenidos en la acusación, y por ende “Bagaragaza’s alleged criminal acts cannot be given their full legal qualification under Norwegian criminal law, and the request for the referral to the Kingdom of Norway falls to be dismissed” (para. 16).

judicial nacional<sup>239</sup>. Se indica para ello que los redactores no consideraron la posibilidad de un sistema de justicia con exceso de carga (over-burdened) ya que, *inter alia*, esta es una valoración que en última instancia corresponde al Estado respectivo<sup>240</sup>. Por lo tanto, no se puede exigir más que la “existencia de cierta estructura nacional” y el cumplimiento de ciertos estándares internacionales mínimos a fin de garantizar la seguridad de las víctimas, testigos, jueces y acusados<sup>241</sup>. En cuanto a la existencia de crímenes internacionales en la legislación nacional, para este punto de vista es suficiente que los actos concretos puedan ser debidamente sancionados, ya sea como crímenes internacionales o nacionales<sup>242</sup>.

Una interpretación convincente y razonable debería basarse en un compromiso entre las interpretaciones amplia y restrictiva. Una interpretación demasiado restrictiva convertiría a los criterios “colapso total o sustancial” en algo superfluo, y por ende debe ser rechazado. Por otro lado, una interpretación demasiado amplia ignoraría la utilización del término (colapso) “sustancial” en vez de “parcial”; el mero funcionamiento ineficiente de un sistema judicial, sus deficiencias internas, no podrían considerarse dentro del concepto de no disponibilidad<sup>243</sup>. Así, en resultado, la existencia de obstáculos sustanciales legales o fácticos que suponen la falta de recursos efectivos solo pueden constituir no disponibilidad si esta calificación es hecha por un observador externo sin entrar a una valoración (calidad) de las sentencias respecto del funcionamiento interno del sistema de justicia nacional en cuestión. La calificación debe ser efectuada en base a factores objetivos (cuantitativos) los cuales pueden ser fácilmente verificados desde una óptica externa al sistema, por ejemplo, información empírica que indique que no existen recursos efectivos para contrarrestar violaciones a los derechos humanos. Bajo estas circunstancias es posible que un exceso de capacidad pueda hacer que un sistema judicial no tenga disponibilidad, ya sea debido a la magnitud de los crímenes cometidos, o bien, debido a la falta de personal o de otros recursos<sup>244</sup>.

## 5. Conclusiones

El test de complementariedad es un proceso en curso y permanente. Se refiere tanto al análisis de una situación como al de un caso concreto que se deriva de una situación. Para que la complementariedad en sentido estricto se torne relevante la situación o el caso debe ser lo

---

<sup>239</sup> ARSANJANI/REISMAN, en SADAT/SCHARF (eds.), *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, 2008, pp. 329 y ss.; PHILIPS, CLF 10, 1999, p. 79; HOLMES, en LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, 1999, p. 48.

<sup>240</sup> ARSANJANI/REISMAN, en SADAT/SCHARF (eds.), *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, 2008, pp. 331 y ss.

<sup>241</sup> BURKE-WHITE, LJIL 18, 2005, p. 579.

<sup>242</sup> PICHON, ICLR 8, 2008, p. 197; STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 319 y ss., p. 321, p. 336; RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, 2006, p. 51, pp. 153 y ss.; también en el resultado KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, 2008, pp. 119 y ss., p. 123; por una interpretación distinta destacando la diferencia entre crímenes ordinarios e internacionales, véase EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, 2008, pp. 290 y ss.

<sup>243</sup> STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, p. 323 (obstáculos fácticos limitantes a los hechos externos).

<sup>244</sup> Al respecto, véase STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, 2008, pp. 329 y s.

suficientemente grave. La gravedad en el sentido del art. 17 (1) (d) tiene importancia en dos etapas diferentes de los procedimientos, es decir, respecto de la iniciación de la investigación de una situación y del (los) caso(s) que derivan de dicha situación. Sin embargo, no existe una elaboración sistemática del criterio de gravedad. El art. 29 (2) del reglamento de la Oficina del Fiscal se refiere a la evaluación de la gravedad de las situaciones a varios factores, incluyendo su magnitud, naturaleza, modo de comisión e impacto. En la magnitud se toma en cuenta el número de víctimas y el ámbito geográfico y temporal de los crímenes. Respecto a la naturaleza, se ha considerado que todos los crímenes de la CPI se suponen graves en sí mismos. En cuanto al modo de comisión, se consideran aspectos de particular crueldad. El criterio de impacto es objeto de controversia, en tanto considera el amplio impacto de los crímenes en la comunidad, en la paz y seguridad regional, incluyendo en sentido amplio el término daño social, económico y ambiental.

Para entender la gravedad en su sentido pleno y para elaborar un concepto consistente de la misma, se debe comenzar distinguiendo entre las dos formas de gravedad contemplados en el artículo 53, es decir, gravedad jurídica (no discrecional) conforme al art. 53 (1)(b), 17 (1)(d) y gravedad relativa (discrecional) de acuerdo al art. 53 (1)(c). Como elementos de gravedad jurídica se consideran –como factores cuantitativos– la magnitud, naturaleza y modo de comisión; al contrario, la gravedad relativa abarca –como factores cualitativos y subjetivos– las circunstancias individuales que se refieren al autor en concreto y su rol en el crimen, como también el criterio de impacto. De este modo, la gravedad jurídica en función a la situación como al caso tienen un umbral generalmente bajo, mientras que la gravedad relativa respecto de tal situación, como del caso, requieren de un umbral alto.

En el caso de la complementariedad en sentido estricto se deduce, ya desde un comienzo, a partir del texto del art. 17 (1) (“La Corte [...] resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando [...]”) que la admisibilidad se presume y que tal presunción puede ser rechazada –además de una insuficiencia de gravedad analizada hace un momento– por cierta actividad de parte del respectivo Estado en relación con su obligación de investigación y enjuiciamiento (art. 17 (1)(a)–(c)). Evidentemente, esta actividad debe ser examinada con más detalles en atención a los requisitos establecidos en el art. 17 (1) (a), (b) y (c) en relación con el art. 20 (3). Si la actividad del Estado en cuestión cumple estos requisitos, el caso o la situación son inadmisibles. Si, al contrario, la actividad del Estado indica o implica falta de voluntad o incapacidad en el sentido del art. 17 (2) y (3) la situación o caso deben ser declarados admisibles. Por otra parte, si tal actividad es totalmente carente, esto es, como en el caso de una inactividad (total), la admisibilidad puede ser presumida sin entrar en mayor análisis.

En cuanto a la inactividad, aun cuando se trate de un concepto empírico y no normativo, no está limitada a la inactividad fáctica, sino que se extiende también a la inactividad “normativa”, es decir, situaciones en las cuales la inactividad se debe a obstáculos normativos (procesales), en particular amnistías absolutas (que son generalmente inadmisibles). En cuanto a la falta de voluntad, si bien el art. 17 (2) incorpora una lista taxativa de criterios para determinar la falta de la misma (subparas. (a), (b) y (c)), la existencia de uno de esos criterios no conduce a la

constatación de falta de voluntad. En todo caso, la obligación de investigar recae en el Estado y no puede ser sustituido por un órgano no estatal o internacional; además, un Estado no se puede encubrir en la actividad positiva de unos de sus órganos si otros órganos boicotean la investigación. El propósito de sustraer una persona de responsabilidad penal (subpara. (a)) es una expresión de mala fe del respectivo Estado. Para determinar ello se debe recurrir a indicios constituidos, por ejemplo, por evadir normas legales del procedimiento a través del nombramiento de un investigador especial políticamente cercano al acusado, la remisión del caso a un tribunal secreto o especial (militar), asignación insuficiente de recursos o la falta de apoyo y cooperación para los investigadores. En todo caso, debe haber una relación de causalidad entre la acción del Estado y la consecuencia de sustracción. La determinación de una demora injustificada (subpara. (b)) se puede hacer recurriendo a las reglas del debido proceso de los instrumentos sobre DDHH tomando en cuenta la complejidad del caso, la conducta de las partes y la duración comparativa de los procesos penales en el Estado respectivo. La falta de independencia (subpara. (c)) se establece teniendo en cuenta el modo de designación de los miembros del tribunal y sus períodos, la existencia de garantías contra personas externas y si el organismo presenta una apariencia de independencia. La imparcialidad hace referencia a que el personal de un tribunal este subjetivamente libre de parcialidad y que existan garantías suficientes de imparcialidad. Los subparas. (b) y (c) requieren que la demora injustificada y la falta de independencia o imparcialidad sean incompatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia, es decir, que la persona llegue a ser investigada o enjuiciada. En resumen, el test de la falta de voluntad gira en torno a la calidad de los procedimientos, su seriedad y buena fe con miras a conducir a la persona ante la justicia.

La incapacidad está determinada por tres eventos: (1) colapso “total”, (2) colapso “sustancial” o (3) el “carecer” de un sistema de justicia nacional. El colapso total puede definirse como “una ruptura completa de la administración de justicia, ya sea debido a que el Estado pierde el control sobre el territorio o debido a la decisión interna de borrar la administración nacional de justicia. El colapso sustancial puede ser compensado a través del desplazamiento de recursos y procedimientos a otro lugar. En ese sentido, la no disponibilidad (carencia) se superpone con el requisito del colapso sustancial. Con una interpretación literal amplia se podrían revelar por lo menos tres aspectos del concepto no disponibilidad: la no existencia de algo, la no accesibilidad a alguna cosa y la inutilidad de un recurso, independientemente de su existencia y accesibilidad. Sin embargo, el mero funcionamiento ineficiente de un sistema judicial, sus deficiencias internas, no podrían considerarse dentro del concepto de no disponibilidad.

### ***Bibliografía citada***

Xabier AGIRRE ARANBURU (2009), “Gravity of crimes and responsibility of the suspect”, en BERGSMO (ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, FICHL Publication Series N° 4, 147-166.

Kai AMBOS (2007), “The structure of International Criminal Procedure: ‘Adversarial’, ‘Inquisitorial’ or Mixed?”, en M. BOHLANDER (ed.) *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, Cameron May, Londres, 429-503.

- (2008), *El marco jurídico de la justicia de transición*, Temis, Bogotá.
- (2008) *Internationales Strafrecht*, 2ª ed, C.H. Beck, Múnich.
- (2009), “El marco jurídico de la justicia de transición”, en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.) *Justicia de Transición*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín-Montevideo, 23-119.
- (2009), “The Legal framework of Transitional Justice”, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer, Berlín, 19-103.

Louise ARBOUR, / Morten BERGSMO (1999), “Conspicuous absence of jurisdictional overreach”, en H. van HEBEL/J.G. LAMMERS/J. SCHUKKING (eds.) *Reflections on the ICC*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 129-140.

Mahnoush ARSANJANI/ Michael REISMAN (2008), “The International Criminal Court and the Congo: From theory to reality,” en L. SADAT/M. SCHARF (eds.), *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, Martinus Nijhoff, Leiden, 325-347.

Sandra BARTELT (2005), “Die Zulässigkeit von Wahrheitskommissionen im Lichte des neuen Internationalen Strafgerichtshof”, *AVR*, 43, 187-217.

Olympia BEKOU (2005), “Complementarity and the ICC: a dangerous gamble?” en G. ULRICH (ed.) *The International Criminal Court: challenges and prospects, Proceedings of an international conference organised by the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC)*, Marsilio Editori, Venecia, 61-81.

Markus BENZING (2003), “The complementarity regime of the ICC: International criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity”, *MPYBUN* 7, 591-632.

Morten BERGSMO (1998), “The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part. II, Art. 11-19)”, *Eur.J.Cr., Cr. L. & Cr. J.* 6, 29-47.

Michael BOTHE (2008), “Complementarity: ensuring compliance with international law through criminal prosecutions – whose responsibility?”, *Friedenswarte* 83, 59-72.

William W. BURKE-WHITE (2005), “Complementarity in practice: The International Criminal Court as part of a system of multi-level global governance in the Democratic Republic of Congo”, *LJIL* 18, 559-590.

- (2008) “Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice”, *CLF* 19, 59-85.
- (2008) “Proactive complementarity: The International Criminal Court and national courts in the Rome system of international justice”, *Harvard International Law Journal* 49, 2008, 53-108.

William BURKE-WHITE / Scott KAPLAN (2009), “Shaping the contours of domestic justice: The ICC and an admissibility challenge in the Uganda situation”, en STAHN/SLUITER, *The emerging practice of the International Criminal Court*, , Martinus Nijhoff, Leiden–Boston, 79-115. [También en *JICJ* 7 257-279].

Claudia CÁRDENAS (2005), *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín.

- (2006), "The admissibility test before the ICC under special considerations of amnesties and truth commissions", en J. K. KLEFFNER/G. KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, TMC Asser Press, La Haya, 115-139.
- (2006) en G. Werle (ed.), *Justice in transition – prosecution and amnesty in Germany and South Africa*, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlín, 239-255.
- (2008) "Wann darf der Internationale Strafgerichtshof ermitteln oder verfolgen?", en G. HANKEL (ed.), *Die Macht und das Recht. Beiträge zum Völkerrecht und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Hamburger Institut für Sozialforschung, Hamburgo, 127-156.

Enrique CARNERO ROJO (2005), "The role of fair trial considerations in the complementarity regime of the International Criminal Court: from "no peace without justice" to "no peace without victor's justice"?", *LJIL* 18, 829-869.

DECLARACIÓN DE LUIS MORENO-OCAMPO: Informal meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs, Nueva York, 24 de octubre de 2005.

Mohamed EL ZEIDY (2002), "The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law", *MJIL* 32, 869-975.

- (2008) "The gravity threshold under the Statute of the International Criminal Court", *CLF* 19, 35-57.
- (2008), *The principle of complementarity in international criminal law*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston.

Mark ELLIS (2002), "The International Criminal Court and its implication for domestic law and national capacity building", *Fla. J. Int'l L.* 15, 215-242.

Rhys David EVANS (2005), "Amnesties, pardons and complementarity: does the International Criminal Court have the tools to end impunity?", *Human Rights Law Commentary* 1, 1-10.

Jessica GAVRON (2002), "Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court", *ICLQ* 51, 91-117.

Jorge Enrique GÓMEZ PARDO (2009), "The content of Colombian Justice and Peace Law accomplishes the ICC standards", *Revista Debate Interamericano (Ministerio de Relaciones Exteriores)*, 123-154.

Edoardo GREPPI (2008), "Inability to investigate and prosecute under article 17", en M. POLITI/F. GIOIA (eds.) *The International Criminal Court and national jurisdictions*, Ashgate, Hampshire, 63-70.

Helmut GROPENGEIßER/Jörg MEIßNER (2005), "Amnesties and the Rome Statute of the ICC", *ICLR* 5, 267-300.

Fabrizio GUARIGLIA (2009), "The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court", en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 209-217.



Christopher K. HALL (2003), "Suggestions concerning International Criminal Court prosecutorial policy and strategy and external relations", Contribution to an expert consultation process on general issues relevant to the ICC Office of the Prosecutor of 28.3.2003, ([http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/library/organs/otp/hall.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/organs/otp/hall.pdf) última visita: 15 de Noviembre de 2009).

Kevin HELLER (2006), "The shadow side of complementarity: the effect of article 17 of the Rome Statute on national due process", *CLF* 17, 255-280.

Frank HOFFMEISTER/Sebastian KNOKE (1999), "Das Vorermittlungsverfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof - Prüfstein für die Effektivität der neuen Gerichtsbarkeit im Völkerstrafrecht", *ZaöRV* 59, 785-808.

Barbora HOLA/Alette SMEULERS/Catrien BIJLEVLED (2009), "Is ICTY sentencing predictable? An empirical analysis of ICTY sentencing practice", *LJIL* 22, 79-97.

John T. HOLMES (1999), "The principle of complementarity", en R. S. LEE (ed.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, 41-78.

- (2002) "Complementarity: national courts *versus* the ICC", en CASSESE/GAETA/JONES JONES (eds.) *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, t. I, OUP, Oxford, 667-686.

HRW, *Benchmarks for assessing possible national alternatives to International Criminal Court cases against LRA leaders*, (2007), 1-10. ([www.iccnw.org/documents/icc0507web\[1\].pdf](http://www.iccnw.org/documents/icc0507web[1].pdf); última visita: 10 de noviembre de 2009)

INT. LAW COMMISSION ("ILC"), *Yearbook of the ILC* (1994), Volume I, Summary records of the meetings on the forty-sixth session, (A/CN.4/SER.A/1994) 25.

Jann KLEFFNER (2003), "The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law", *JICJ* 1, 86-113.

- (2006) "Complementarity as a catalyst for compliance", en KLEFFNER/KOR(eds.), *Complementary views on complementarity*, TMC Asser Press, La Haya, 79-104.
- (2008), *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, OUP, Nueva York et al.

Helmut KREICKER (2006), "Völkerstrafrecht im Ländervergleich", en A. Eser/U. Sieber/H. Kreicker (eds.) *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, t. VII, Duncker & Humblot, Berlin.

Diba MAJZUB (2002), "Peace and Justice? Amnesties and the International Criminal Court", *MelbJIntL* 3, 247-279.

Margaret MCAULIFFE DE GUZMAN (2008), "Gravity and the legitimacy of the ICC", *Yale Law School Student Scholarship Series*, 69, (<http://lsr.nellco.org/yale/student/papers/69>; última visita: 03 de septiembre de 2009).

Jörg MEISNER (2003), *Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem römischen Statut*, C.H.Beck, München.

Frank MEYER (2006), "Complementing complementarity", *ICLR*, 6, 549-583.

Ray MURPHY (2006), "Gravity issues and the International Criminal Court", *CLF*, 17, 281-315.

Robin MURPHY (2006), "Establishing a Precedent in Uganda: The Legitimacy of National Amnesties under the ICC" *Eyes on the ICC* 3, 33-56.

Andreas O'SHEA (2002), *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer, Londres, Nueva York, La Haya.

Jens OHLIN (2009), "Peace, security, and prosecutorial discretion", en STAHN/SLUITER, *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden - Boston, 185-208.

Héctor OLÁSULO (2003), "The Prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: a quasi judicial or political body?", *ICLR* 3, 87-150.

- (2005), *The triggering procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden et al.
- (2007) "The lack of attention to the distinction between situation and cases in national laws on co-operation with the International Criminal Court with particular reference to the Spanish case", *LJIL* 20, 193-261.
- (2009) "Admissibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la CPI", en ALMQVIST/ESPÓSITO (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 255-289.

Mark OSIEL (2009), "How should the ICC Office of the Prosecutor choose its cases? The multiple meanings of 'situational gravity'", *The Hague Justice Portal*, 1; ([www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/10/344.html](http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/10/344.html); última visita: 10 de noviembre de 2009).

OTP "Policy paper R. Dicker, HRW, Session 1: Transcript, First public hearing of the OTP", 17-18 (2003), (<http://www2.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Network+with+Partners/Public+Hearings/First+Public+Hearing/Session+1>; última visita: 03 de septiembre de 2009).

- (2006) "Criteria for Selection of Situations and Cases", draft policy paper on file with Human Rights Watch, June.
- (2003) "Informal expert paper: the principle of complementarity in practice", (<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc654724.PDF>; última visita: 03 de septiembre de 2009).
- (2006) "Iraq response, Annex to the Update on communications received by the office of the prosecutor of the ICC", 10 de febrero, ([http://www.iccnw.org/documents/OTP\\_letter\\_to\\_senders\\_re\\_Iraq\\_9\\_February\\_2006.pdf](http://www.iccnw.org/documents/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf); última visita: 03 de septiembre de 2009).
- (2006) "Report on Prosecutorial Strategy", 14 de septiembre, ([http://www.iccnw.org/documents/ProsecutorialStrategy\\_06Sep14.pdf](http://www.iccnw.org/documents/ProsecutorialStrategy_06Sep14.pdf); última visita: 03 de septiembre de 2009).
- (2006) "Report on the activities performed during the first three years" (junio 2003-junio 2006) ([http://www.iccnw.org/documents/3YearReport%20\\_06Sep14.pdf](http://www.iccnw.org/documents/3YearReport%20_06Sep14.pdf); última visita: 03 de septiembre de 2009).

Ruth PHILIPS (1999), "The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and admissibility", *CLF* 10, 61-85.

Jakob PICHON (2008), "The principle of complementarity in the cases of the Sudanese nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court", *ICLR* 8, 185-228.

Rod RASTAN (2008), "What is a 'case' for the purpose of the Rome Statute?", *CLF* 19, 435-448.

Florian RAZESBERGER (2006), *The ICC. The principle of complementarity*, Peter Lang, Frankfurt am Main.

REGULATIONS OF THE OFFICE OF THE PROSECUTOR (2009), ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor 23 de abril de 2009, (<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FFF97111-ECD6-40B5-9CDA-792BCBE1E695/280253/ICCBD050109ENG.pdf>; última visita: 03 de septiembre de 2009).

Darryl ROBINSON (2003), "Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court", *EJIL* 14, 481-505.

William SCHABAS (2007), *An introduction to the International Criminal Court*, 3ª ed., CUP, Cambridge.

- (2008), "Complementarity in practice: some uncomplimentary thoughts", *CLF* 19, 5-33.
- (2009) "Prosecutorial discretion and gravity", en STAHN/SLUITER, *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden – Boston, 229-246.

Michael SCHARF (1999), "The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court", *CornJIntL* 32, 507-527.

Benjamin SCHIFF (2008), *Building the International Criminal Court*, CUP, Cambridge.

Wolfgang SCHOMBURG/Otto LAGODNY/Sabine GLEß/Thomas HACKNER (2006): *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, C.H.Beck, München.

Andreas SCHÜLLER (2008), "Gravity under the Rome Statute: Procedural filter or instrument of shaping criminal policy?", *HuV-I*, 21, 73-81.

Anja SEIBERT-FOHR (2003), "The relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for amnesties and truth commissions" *MPUNYB* 7, 553-590.

Paul SEILS (2009), "The selection and prioritization of cases by the Office of the Prosecutor of the ICC", en BERGSMO (ed.) *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, FICHL Publication Series N° 4, 55-60.

Paul SEILS/Marieke WIERDA (2005), "The International Criminal Court and conflict mediation", *ICTJ*, 1. ([www.ictj.org/en/news/pubs/index.html](http://www.ictj.org/en/news/pubs/index.html); última visita: 03 de septiembre de 2009).

Ada SHENG (2007), "Analysing the International Criminal Court complementarity principle through a Federal Courts lens", *ILSA*, 1-30.

Stephen E. SMITH (2008), "Inventing the laws of gravity: the ICC's initial Lubanga decision and its regressive consequences", *ICLR* 8, 331-352.

Carsten STAHN (2005), "The geometry of transitional justice: choices of institutional design", *LJIL* 18, 425-466.

- (2008) "Complementarity: a tale of two notions", *CLF*, 19, pp. 87-113.
- (2009) "Judicial review of prosecutorial discretion: Five years on", en C. STAHN/G. SLUITER, *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden - Boston, 247-279.

Ignaz STEGMILLER (2009), "The gravity threshold under the ICC Statute: gravity back and forth in Lubanga and Ntaganda", *ICLR* 9, pp. 547-565.

- (2010) "Complementarity thoughts", *CLF* 21.

Jo STIGEN (2008), *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston.

Olivia SWAAK-GOLDMAN, Outlining the Three-Year Report, Session 1: Interested States, Second public hearing of the OTP, (2006) 25 de septiembre; Géraldine MATTIOLI - HRW, Session 2: NGOs and other experts, (2006) 26 de junio; Antoine BERNARD - International Federation for Human Rights (FIDH), Session 2: NGOs and other experts, Second public hearing of the OTP, (2006) 26 de junio; Richard DICKER, HRW, Session 4: NGOs and other experts, Second public hearing of the OTP, (2006) 18 de octubre; Helge BRUNBERG, Demographer, Session 3: Needs for demographic and statistical expertise at the International Criminal Court (paper), Second public hearing OTP, (2003) 25 de abril de 2003, (<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Network+with+Partners/Public+Hearings/Second+Public+Hearing/>; última visita: 03 de septiembre de 2009)

THE AMNESTY ACT (2000), Laws of Uganda t. XII capítulo 294. ([www.c-r.org/our-work/accord/northern-uganda/documents/2000\\_Jan\\_The\\_Amnesty\\_Act.doc](http://www.c-r.org/our-work/accord/northern-uganda/documents/2000_Jan_The_Amnesty_Act.doc); última visita: 17 de abril de 2009).

THIRD REPORT OF THE PROSECUTOR OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, TO THE SECURITY COUNCIL PURSUANT TO UNSC 1593 (2005), 14 de junio de 2006. Disponible en [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E61D7F34-7D21-44B9-8840-53B254172AF7/0/OTP\\_ReportUNSC\\_3Darfur\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E61D7F34-7D21-44B9-8840-53B254172AF7/0/OTP_ReportUNSC_3Darfur_English.pdf) (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

Christine VAN DEN WYNGAERT/Thérèse ONGENA (2002), "Ne bis in idem principle, including the issue of amnesty", en A. CASSESE/P. GAETA/J. JONES (eds.) *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, t. I, OUP, Oxford, 705-729.

Harmen VAN DER WILT/Sandra LYNGDORF (2009), "Procedural obligations under the European Convention on Human Rights: Useful guidelines for the assessment of "unwillingness" and "inability" in the context of the complementarity principle", *ICLR* 9, 39-75.

WAR CRIMES RESEARCH OFFICE (2008), "The gravity threshold of the ICC", ([www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/icc\\_reports.cfm](http://www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/icc_reports.cfm); última visita: 03 de septiembre de 2009).

Wu WEI (2007), *Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs*, Peter Lang, Frankfurt am Main.

Gerhard WERLE (2005), *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, La Haya.

- (2009), "Transitional Justice - Der juristische Rahmen", en H.E. MÜLLER et al. (eds.) *Festschrift für Ulrich Eisenberg*, Beck, Múnich, 791-806.

Sharon WILLIAMS/William SCHABAS (2008), "Art. 17", en O. TRIFFTERER (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, Beck, 2ª ed., Múnich et al., pp. 605-625.

Jan WOUTERS/Sten VERHOEVEN (2005), "Cases identified for investigation and prosecution by the International Criminal Court", en E. ANKUMAH/E. KWAKWA (eds.) *African Perspectives on International Criminal Justice*, African Legal Aid Special Series, t. 3, Accra, 133-160.

## *Jurisprudencia citada*

### Corte penal internacional

<i>Caso</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
ICC Prosecutor Presents Evidence on Darfur Crimes, The Hague.	27 de febrero 2007,	ICC-OTP-20070227-206-En
ICC-PTC I, <i>Prosecutor v. Harun and Kushayb</i> , Decision on the Prosecution application under article 58 (7) of the Statute.	27 de abril de 2007	(ICC-02/05-01/07)
ICC-PTC I, <i>Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda</i> , Annex II, Decision on the Prosecutor's application for warrants of arrest, article 58.	10 de febrero de 2006	(ICC-01/04-01/07)
ICC-PTC I, <i>Prosecutor v. Lubanga</i> , Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5, VPRS-6.	17 de enero de 2006	(ICC-01/04-101-tEN-Corr)
ICC-PTC I, <i>Prosecutor v. Lubanga</i> , Decision on the Prosecutor's application for warrant of arrest, article 58.	10 de febrero de 2006	(ICC-01/04-01/07)
ICC-PTC II, <i>Prosecutor v. Kony et al.</i> , Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute.	10 de marzo de 2009	(ICC-02/04-01/05)
<i>Prosecutor v. Al Bashir</i> , Decision on the Prosecutor's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir.	4 de marzo de 2009	(ICC-02/05-01/09-3)

<i>Prosecutor v. Bemba</i> , Mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo remplaçant le mandat d'arrêt décerné le 23 mai 2008.	10 de junio de 2008	(ICC-01/05-01/08-15)
<i>Prosecutor v. Chui</i> , Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest.	6 de julio de 2007	(ICC-01/04-02/07)
<i>Prosecutor v. Katanga and Chui</i> , Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut).	16 de junio de 2009	(ICC-01/04-01/07-1213)
<i>Prosecutor v. Katanga and Chui</i> , Motion challenging the admissibility of the case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute.	11 de marzo de 2007	(ICC-01/04-01/07-949)
<i>Prosecutor v. Katanga and Chui</i> , Public redacted version of the 19 <sup>th</sup> March 2009 Prosecution response to motion challenging the admissibility of the case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to article 19 (2).	30 de marzo de 2009	(ICC-01/04-01/07-1007)
<i>Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo</i> , sobre la decisión de la PTC I del 10 de febrero de 2006 y la incorporación de documentos en el registro del caso contra Mr. Thomas Lubanga Dyilo.	24 de febrero de 2006	(ICC-01/04-01/06)
<i>Situation in DRC</i> , Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's application for warrants of arrest, article 58". <sup>245</sup>	13 de Julio de 2006	(ICC-01-04-169)

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

<i>Caso</i>	<i>Fecha</i>	<i>Temas tratados</i>
<i>Escué-Zapata vs. Colombia</i> , C- 165.	Sentencia de 4 julio de 2007	Fondo, reparaciones y costas.
<i>Paniagua Morales et al. vs. Guatemala</i> , C- 37,	Sentencia de 8 de marzo de 1998	Fondo.
<i>Zambrano-Vélez vs. Ecuador</i> , C-166,	Sentencia de 4 julio de 2007	Fondo, reparaciones y costas.

<sup>245</sup> Reclasificado y publicado el 23 de septiembre de 2008 conforme a la *Situation in DRC*, Decision on the unsealing of judgment of the Appeals Chamber issued on 13 July 2006, 22 de septiembre de 2008 (ICC-01-04-538-PUB-Exp).

## Resoluciones de otros tribunales internacionales

<i>Caso</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
<i>Findlay v. United Kingdom</i> , ECtHR judgement.	25 de febrero de 1997	(22107/93)
<i>Krnojelac</i> (Appeals Chamber Judgment).	17 de septiembre de 2003	(ICTY-97-25-A)
<i>Langborger v. Sweden</i> , ECtHR judgement.	22 de junio de 1989	
<i>Prosecutor v Tadic</i> (Appeals Chamber Judgment).	15 de julio de 1999	(ICTY-94-1-A)
<i>Prosecutor v. Bagaragaza</i> , Decision on the Prosecution's motion for referral to the Kingdom of Norway.	19 de mayo de 2006	(ICTR-2005-86-R11)
<i>Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu</i> (AFRC trial), Sentencing judgement.	19 de Julio de 2007	(SCSL-04-16-T)
<i>Prosecutor v. Deronjić</i> , Trial judgement, Sentence.	30 de marzo de 2004	(IT-02-61-S)
<i>Prosecutor v. Fofana and Kondawa</i> (CDF trial), Judgement on the sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondawa.	9 de octubre de 2007	(SCSL-04-14-T)
<i>Prosecutor v. Furundžija</i> , Appeal's judgement.	2 de Julio de 2000	(IT-95-17/1)
<i>Prosecutor v. Milutinović et al.</i> , Trial judgement, Volume 3 of 4.	26 de febrero de 2009	(IT-05-87-T)
<i>Prosecutor v. Simić</i> , Trial judgement, Sentence.	17 de octubre de 2002	(IT-95-9/2-S)
<i>Pullar v. United Kingdom</i> , ECtHR judgement.	10 de junio de 1996	(22399/93)
<i>Prosecutor vs. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao, Vasiljevic</i> (Appeals Chamber Judgment).	25 de febrero de 2004	(ICTY-98-32-A)