



TÍTULO

LA JURISDICCIÓN COMPLEMENTARIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS PRESUPUESTOS EN LAS ACTUACIONES DE LOS ESTADOS

ESPECIAL REFERENCIA A LA INDISPOSICIÓN E INCAPACIDAD

AUTOR

Nelson Socha Masso

Director
Curso
ISBN

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2010

Joaquín Alcaide Fernández

Maestría en Jurisdicción Penal Internacional

978-84-693-6130-6

Nelson Socha Masso

Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía





Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas 2.5 España.

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
- **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
- **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
- *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
- *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

**LA JURISDICCION COMPLEMENTARIA DE LA CORTE
PENAL INTERNACIONAL Y LOS PRESUPUESTOS EN LAS
ACTUACIONES DE LOS ESTADOS**

Especial referencia a la indisposición e incapacidad

NELSON SOCHA MASSO

Trabajo de grado presentado para optar por el título de:

**MAESTRIA EN JURISDICCION PENAL
INTERNACIONAL**

Dirigido por:

JOAQUÍN ALCAIDE FERNÁNDEZ

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA
HUELVA, 2008**

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I	8
LA JURISDICCIÓN COMPLEMENTARIA: EJERCICIO PREVIO DE POTESTADES Y OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS	8
<i>A. LA OBLIGACION DE EXTRADITAR O JUZGAR</i>	<i>10</i>
A. 1. Aproximación general.....	10
A.2 La Obligación aut dedere aut judicare en los tratados y en la práctica internacional.....	12
A.3 Afirmación de la existencia de la obligación aut dedere aut judicare en el derecho internacional ...	15
<i>B. LA LLAMADA JURISDICCION UNIVERSAL</i>	<i>16</i>
B.1 Consideraciones generales	16
B.2 El lento desarrollo de la jurisdicción universal	19
B.3 Las fuentes de la jurisdicción universal.....	21
B.4 El principio de universalidad en el Estatuto de Roma.....	23
<i>C. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN LAS CONVENCIONES</i>	<i>24</i>
C.1 Jurisdicción universal y piratería.....	25
C.2 Jurisdicción universal y esclavitud.....	26
C.3 Jurisdicción universal y crímenes de guerra.....	27
C.4 Jurisdicción universal y crímenes de lesa humanidad	31
C.5 Jurisdicción universal y crimen de genocidio.....	33
C.6 Jurisdicción Universal y crimen de apartheid.....	38
C.7 Jurisdicción Universal y crimen de tortura.....	39
C.7.1 El caso España vs. Pinochet, y el delito de tortura.....	41
C.8 Otros crímenes de derecho internacional y jurisdicción universal	43
<i>D. OTRAS DECISIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA</i>	<i>45</i>
D.1 Sentencia del Tribunal Supremo del 25 de febrero de 2003.....	46
D.2 Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de septiembre de 2005.....	48
D.3 Acuerdo del Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional	49
D.4 Decisiones posteriores del Tribunal Supremo.....	50
D.5 Una nueva disposición legal sobre jurisdicción universal.....	51
<i>E. UNA MIRADA A LOS DESARROLLOS DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN BÉLGICA</i>	<i>52</i>
<i>F. CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN CANADIENSE Y ALEMANA</i>	<i>55</i>
<i>G. BALANCE DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL</i>	<i>56</i>
<i>H. LAS RELACIONES ENTRE LA COMPLEMENTARIEDAD, JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y LA OBLIGACIÓN AUT DEDERE AUT JUDICARE</i>	<i>59</i>
CAPÍTULO II	63
ORIGEN Y CONTENIDO DEL MARCO JURIDICO PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD	63
<i>A. CONSIDERACIONES POLÍTICAS EN EL PROCESO DE ELABORACION DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD</i>	<i>63</i>
A.1 Breve noticia histórica	63
A.2 La complementariedad de la Corte, concesión a la soberanía de los Estado.....	64
A.3 Proceso de elaboración del principio de complementariedad en el Estatuto de Roma.....	67
A.3.1 La complementariedad en el Informe del Comité Especial de 1995	69
A.4 La complementariedad: entre la eficacia de las normas y los condicionamientos de la política.....	73
<i>B. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN EL ESTATUTO DE LA CORTE</i>	<i>78</i>
B.1 El mapa de la complementariedad.....	78
B. 2 La complementariedad en el preámbulo.....	83

B.3 Artículos 1 y 17: El Carácter de la Corte y Cuestiones de Admisibilidad.....	84
B.4 Artículo 18: decisiones preliminares	85
B.5 Artículo 19: Impugnación de la competencia o de la admisión de una causa	86
B.6 Otras normas relacionadas con la complementariedad.....	87
C. <i>LOS PROCESOS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL</i>	89
CAPÍTULO III	95
LA ADMISIBILIDAD: DESARROLLO CENTRAL DE LA COMPLEMENTARIEDAD	95
A. <i>DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS NORMAS SOBRE ADMISIBILIDAD</i>	95
A.1 Artículo 17: las causales de admisibilidad (o inadmisibilidad) en las actuaciones del Estado.....	95
A.2 Artículo 17.3: La incapacidad del Estado como causal de admisibilidad	100
A.3 Artículo 17. 1. d.: La gravedad adicional del asunto como causal de admisibilidad:.....	101
A.4 Artículos 17.1.c y 20: la cosa juzgada y las circunstancias de admisibilidad	102
B. <i>LA ADMISIBILIDAD: ENTRE LOS PODERES DE LA CORTE Y EL DE LOS ESTADOS</i>	105
B.1 La admisibilidad como límite y como potestad.....	105
B.2 Configuración dinámica del principio de complementariedad.....	106
B.3 Legitimación de los Estados para adelantar sus actuaciones.....	109
C. <i>LAS NORMAS DE ADMISIBILIDAD COMO COMPETENCIA DE LA CORTE SOBRE SU COMPETENCIA</i>	110
C.1 El poder inherente de la Corte sobre la competencia y la jurisdicción.....	110
C.2 La competencia sobre la competencia como primacía material de la Corte sobre las jurisdicciones nacionales	113
C.3 La admisión de un asunto en la Corte: una decisión substantiva o material.....	118
C.4 Entre la autonomía del Fiscal y las facultades de la Corte	120
D. <i>LA ELABORACION DE LAS CAUSALES DE ADMISIBILIDAD</i>	122
D.1 Proceso de elaboración de las normas sobre “falta de disposición” e “incapacidad” de los Estados	122
CAPÍTULO IV	127
LA FALTA DE DISPOSICIÓN Y LA INCAPACIDAD DE LOS ESTADOS PARA INVESTIGAR Y JUZGAR LOS GRAVES CRÍMINES DE COMPETENCIA DE LA CORTE	127
A. <i>LA FALTA DE DISPOSICIÓN DE LOS ESTADOS</i>	127
A.1 Elementos subjetivos y elementos de situación	127
A.2 Ausencia de garantías en el proceso, demora injustificada y falta de independencia e imparcialidad	131
A.3 Sentencias en firme y sobreseimientos libres.....	134
A.4 Amnistías e indultos.....	137
B. <i>LA INCAPACIDAD DEL ESTADO PARA INVESTIGAR O ENJUICIAR LOS CRÍMENES DE COMPETENCIA DE LA CORTE</i>	141
C. <i>DESARROLLOS AUXILIARES DEL DERECHO INTERNACIONAL PERTINENTES EN LAS DECISIONES DE ADMISIBILIDAD</i>	144
C.1 Juicios justos: principios de un proceso con las debidas garantías.....	144
C.2 Principios relativos a la independencia de la judicatura.....	148
C.3 Demoras injustificadas y plazo razonable	149
C.4 Algunas prácticas internacionales sobre la incapacidad de los Estados	151
CONCLUSIONES	159
A. <i>COMPLEMENTARIEDAD Y ADMISIBILIDAD: FUERTE PRESUNCIÓN A FAVOR DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES</i>	159

<i>B. TUTELA DE LA CORTE SOBRE LAS ACTUACIONES DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES</i>	161
<i>C. POTESTADES DE LA CORTE SOBRE LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA</i>	162
<i>D. ADMISIBILIDAD: MÁRGENES DE DISCRECIONALIDAD Y CONSIDERACIONES POLÍTICAS</i>	163
<i>E. POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE LOS ESTADOS SOBRE CRÍMENES INTERNACIONALES: OBLIGACIONES AUT DEDERE AUT JUDICARE Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL</i>	166
<i>F. LAS NORMAS Y LA DECISIÓN DE ADMISIBILIDAD</i>	170
<i>G. LA FALTA DE “DISPOSICIÓN”</i>	172
<i>H. ELEMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA CAUSAL DE “FALTA DE DISPOSICIÓN”</i>	174
<i>I. COSA JUZGADA, NON BIS IBIDEM Y “FALTA DE DISPOSICIÓN”</i>	175
<i>J. JUICIOS JUSTOS Y PLAZO RAZONABLE</i>	177
<i>K. LA INCAPACIDAD DEL ESTADO</i>	179
<i>L. LA PRÁCTICA INTERNACIONAL SOBRE LA INCAPACIDAD DE LOS ESTADOS</i>	181
ANEXO I	184
<i>Los principales tratados de derechos humanos que contienen normas sobre debido proceso</i>	184
ANEXO II	192
<i>Los mecanismos temáticos de las Naciones Unidas</i>	192
ANEXO III	194
<i>Los derechos involucrados en la realización de juicios justos</i>	194
BIBLIOGRAFÍA	202
<i>CAPÍTULOS DE LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS</i>	202
<i>DOCUMENTOS OFICIALES Y DE ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES</i>	204
<i>LIBROS</i>	206

INTRODUCCIÓN

Muchos autores coinciden en presentar el principio de complementariedad de la Corte Penal como el principio básico y más importante, que da sentido a gran parte de las normas del Estatuto, y que define el carácter de la Corte como organismo internacional en el contexto de las relaciones internacionales dentro de las cuales debe realizar su función.

El principio de complementariedad es el primero, de tres principios centrales del Estatuto de Roma. El segundo es el principio que establece que la Corte tiene competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Mientras el tercero, es aquel principio puesto en práctica en la elaboración del Estatuto y consagrado en las normas sobre el derecho aplicable por parte de la Corte, que establece que se tiene en cuenta de la manera más amplia posible el derecho internacionalmente aceptado¹.

Al mismo tiempo el principio de complementariedad con su reconocimiento del papel primordial en el tiempo de las jurisdicciones nacionales sobre los crímenes de competencia de la Corte, permitió generar el ambiente político favorable a la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI). Su incorporación en el Estatuto explica, entre otras razones, su posterior ratificación de manera rápida por el número requeridos de Estados (60) para su entrada en vigencia, en el corto plazo de 4 años (1 de junio de 2002). Este ambiente político favorable al establecimiento de la Corte guarda relación con este conjunto normativo que desarrolla el principio de complementariedad y que puede interpretarse como concesiones a la soberanía de los Estados.

La elaboración de las normas que consagran y desarrollan este principio fue la ocasión para los principales debates políticos en el proceso de negociación del Estatuto. La tensión inherente a este proceso dio como resultado un conjunto abigarrado y complejo de normas sobre potestades, facultades y procedimientos, así como causales o excepciones de

¹ Arsanjani, Mahnoush H. "The Rome Statute of The International Criminal Court". *The American Journal of International Law*. Vol. 93, No. 1 (Jan., 1999) Pp. 22-43. [Http. /links.jstor.org/sici?sici](http://links.jstor.org/sici?sici). Consultada diciembre 5 de 2005.

admisión con elementos normativos, elementos de situación y elementos intencionales, todos ellos vinculados al inicio de una investigación y al examen de la admisibilidad de un asunto en la Corte, como tendremos la oportunidad de apreciar más adelante.

En este trabajo, que es más bien un ejercicio de comprensión de ciertas normas del Estatuto, se ha realizado un recorrido por distintos aspectos del principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Se han abordado algunas posibilidades de actuación de los Estados de acuerdo con el derecho internacional, como la jurisdicción universal y las obligaciones de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Sobre ellas se hizo un análisis de manera que se tuviera una comprensión de su nivel de desarrollo y aplicabilidad por los Estados, de manera que se pudiera prever qué tanto tendrá que ver la Corte con actuaciones de los Estados con base en el principio de jurisdicción universal y con base en la obligaciones de investigar y juzgar (*aut dedere aut judicare*).

Luego se hizo un análisis de los distintos elementos que componen los conceptos centrales del principio de complementariedad desarrollados en las normas de admisibilidad de un asunto o situación. Tales conceptos centrales son: la falta de disposición y de incapacidad del Estado, por cuanto permiten la evaluación de las actuaciones de las jurisdicciones nacionales. Conceptos que darán lugar a decisiones en las cuales el principio de complementariedad se pondrá en actividad y que brindarán las prácticas que validará la existencia de la Corte. Se finalizó con la búsqueda de algunos criterios auxiliares dentro del derecho y la práctica internacionales, para dar contenido a algunos elementos de estos conceptos centrales. La divisa u objetivo perseguido a lo largo del texto ha sido la de tratar de contextualizar y desarrollar estos conceptos centrales del principio de complementariedad.

De estos conceptos se realizó un análisis normativo desde el interior de texto mismo y un análisis del proceso político de decisiones que dio como resultado las normas del Estatuto, de acuerdo con alguna información disponible. En esta medida los análisis se mueven de lo normativo a lo político, por cuanto, como todo texto jurídico, el Estatuto de la Corte responde a unas realidades concretas de la política internacional y las posibilidades de actuación de la Corte estarán condicionadas por esa realidad y los márgenes de discrecionalidad de las normas de admisión de un asunto o situación, así lo permiten.

Este escrito se produce como resultado en unos inolvidables meses en Andalucía. Donde la entrega de los contenidos corrió por cuenta, principalmente, de los profesores del departamento del derecho internacional público de la Universidad de Sevilla: mientras la acogida y la acertada gestión académica fue prodigada por la Universidad Internacional de Andalucía.

CAPÍTULO I

LA JURISDICCIÓN COMPLEMENTARIA: EJERCICIO PREVIO DE POTESTADES Y OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS

De acuerdo con el Estatuto de Roma la aplicación procesal del principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional y el ejercicio de las potestades de las jurisdicciones estatales se constituyen en el punto de encuentro o desencuentro de las actuaciones de las jurisdicciones de los Estados y la de la Corte Penal Internacional.

En el mejor de los casos las jurisdicciones nacionales deberían asumir el conocimiento y sanción de los graves crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional y de este modo relevar de su actuación a un organismo que debe superar un gran número de complejidades normativas y políticas para culminar con éxito el trámite de un asunto o situación puesto en su conocimiento y cuya jurisdicción debería reservarse para situaciones especiales, casos paradigmáticos y para apuestas políticas ocasionales afirmativas del derecho internacional.

Sin embargo, la efectividad de las jurisdicciones nacionales no puede asegurarse en ciertas situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. La tendencia actual de los Estados respecto de los crímenes internacionales es la de restringir sus posibilidades de actuación cuando se trata de situaciones que no los involucran en forma directa, como se verá más adelante; así como también se presenta el incumplimiento de las obligaciones de investigar y juzgar crímenes graves de trascendencia internacional cometidos dentro del territorio del Estado. En esta medida el principio de jurisdicción universal cuenta con insuficiente desarrollo legal y con escasa práctica en la investigación juicio y sanción de crímenes de trascendencia para la comunidad internacional. De otro lado, el principio *aut dedere aut judicare* que impone la obligación de extraditar o juzgar goza de una aceptación más amplia, como veremos.

Las actuaciones de las jurisdicciones de los Estados respecto a los crímenes de competencia de la Corte pueden darse con base en distintos fundamentos jurídicos de acuerdo con la situación de que se trate. En primer lugar se trataría del ejercicio ordinario

de las potestades judiciales del Estado en cuyo territorio, sus nacionales o extranjeros, cometieron crímenes de competencia de la Corte. En segundo lugar se trata de las facultades de los Estados que tienen algunos nexos con el presunto crimen cometido en territorio de otro Estado, sea porque fue perpetrado por nacionales o contra nacionales suyos, o contra otro interés directo del mismo y puede reclamarle al Estado territorial la posibilidad de adelantar los procesos penales, y por lo tanto entre en juego la obligación de extraditar o juzgar a los presuntos delincuentes. En tercer lugar se encuentra el ejercicio de la jurisdicción universal, como una figura del derecho internacional que permite la internacionalización de las jurisdicciones nacionales para actuar sobre actos que constituyen crímenes de trascendencia internacional sin necesidad de que existe ningún nexo entre los presuntos crímenes y el Estado cuya jurisdicción se pone en acción.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contempla la jurisdicción universal de los Estados y las competencias ordinarias de los Estados sobre crímenes que caen bajo su jurisdicción como posibilidades de actuación de los Estados, donde tales competencias Estatales fueron cubiertas por el principio de complementariedad de la Corte.

La jurisdicción de la Corte fue instituida como complementaria de las jurisdicciones nacionales tanto en el Preámbulo del Estatuto (párrafo 10) como en el artículo 1. Allí, también se hace allí referencia al deber de los Estados de ejercer su jurisdicción penal sobre los responsables de crímenes internacionales (Preámbulo párrafo 6). Se entiende aquí incluida la jurisdicción universal de los Estados. También se alude a la necesidad de tomar medidas en el plano nacional e intensificar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de cooperación para superar la impunidad de los graves crímenes de trascendencia internacional. Dentro de tales obligaciones se encuentra, entre otras, la obligación de extraditar o juzgar (Preámbulo párrafo 4).

A la vez el artículo 18 obliga al Fiscal de la Corte a comunicar a los Estados Partes y a otros Estados que normalmente ejercerían la jurisdicción sobre las situaciones conocidas y sobre las cuales el Fiscal encuentre que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación. Los Estados que estén actuando sobre el asunto o situación están facultados para solicitar la inhibición de la Corte sin detrimento del seguimiento y examen de tales actuaciones con posterioridad por parte del Fiscal. De la misma manera los Estado están facultados para apelar las decisiones preliminares adoptadas por el Fiscal o

por la Sala de Cuestiones Preliminares, fuera de posibilidad de apelar las decisiones de admisibilidad que se profieran en su momento.

Estas breves referencias normativas en el Estatuto de Roma ilustran sobre las potestades de los Estados y sus jurisdicciones nacionales como uno de los polos constitutivos del principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional. En esta medida resulta pertinente un examen de obligaciones especiales de los Estados en relación con la investigación y el juzgamiento de graves crímenes de trascendencia internacional, se trata del principio *aut dedere aut judicare* u obligación de extraditar o juzgar y la jurisdicción universal sobre estos graves crímenes.

A. LA OBLIGACION DE EXTRADITAR O JUZGAR

A. 1. Aproximación general

La obligación de extraditar y juzgar (*aut dedere aut judicare*) se ubica dentro de la orbita de actuación de los Estados en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales ordinarias. Tal facultad y tal obligación cuenta con cierta precedencia por cuanto despliega las potestades políticas y judiciales en materia de cooperación con otros Estados y de ejercicio de sus potestades de investigar y juzgar. La obligación *aut dedere aut judicare* y la jurisdicción universal son figuras bien diferenciadas en el derecho internacional que eventualmente pueden entrar en relación.

Tal obligación de los Estados de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) se ha configurado como otro de los principios o conceptos centrales del derecho internacional encaminados a lograr la actuación de Estados con sus propios medios para juzgar y castigar los crímenes internacionales. Éste es un principio o concepto basado en la obligación primigenia en materia de juzgamiento y punición de los Estados, y se ubica en el horizonte de la complementariedad de la Corte Penal Internacional respecto de las jurisdicciones nacionales. Tal complementariedad, como principio central de la Corte Penal Internacional, considera y toma en cuenta de manera amplia la acción efectiva de todos los Estados, en sus distintos niveles de jurisdicción sobre los crímenes.

En esta medida el principio *aut dedere aut judicare* constituye un elemento importante en las posibilidades de actuación de la jurisdicción de los Estados sobre los graves crímenes. Por tal razón se considera importante dar una mirada al Estado actual de desarrollo de tal principio. Para lo cual se ha recurrido al texto presentado por el Profesor Zdzislaw Galicki a la Comisión de Derecho Internacional en 2004².

De acuerdo con este estudio la fórmula que este principio recoge se encuentra en una serie de tratados multilaterales en materia de cooperación internacional para reprimir algunos delitos. Esta fórmula designa la obligación alternativa, de extraditar o de juzgar, al presunto autor de un delito o crimen internacional.

Muchos tratadistas encuentran el origen de la expresión y de esta figura del derecho internacional, "*aut dedere aut judicare*", como una adaptación contemporánea de la utilizada por Hugo Grocio: "*aut dedere aut punire*" (extraditar o castigar)³. Actualmente resulta apropiada una fórmula más garantista que la antigua alternativa inserta en la obligación, es decir, la prioridad no debe ser castigar sino juzgar. En este sentido, en la actualidad, no se considera como parte de la obligación declarar culpable al presunto autor de un delito o crimen, y por lo tanto puede ser declarado inocente.

De acuerdo con el estudio que venimos siguiendo no es posible tener un pronunciamiento definitivo sobre si esta obligación se deriva exclusivamente de los tratados que la contienen, o si se deriva y constituye, una obligación general de derecho internacional consuetudinario, por lo menos para determinados crímenes internacionales.

Los doctrinantes han señalado que para dar eficacia a la obligación de extraditar o juzgar se requiere responder a tres problemas: a) la naturaleza y el ámbito de aplicación de ese principio en derecho internacional; b) la jerarquía entre las dos opciones previstas por esa norma, siempre que el Estado requerido pueda elegir; y c) las dificultades prácticas para ejercer la obligación de juzgar. También se debe avanzar en examinar una eventual jerarquía entre las obligaciones particulares que pueden derivarse de la obligación de

² Naciones Unidas. A.G. 59°. Período de Sesiones (2004). Suplemento No. 10, A/59/10. "Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56° Período de Sesiones". Anexo.

³ *Ibíd.*, p. 345. Se cita la obra de: M. Cherif Bassiouni y otro: Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law, 1995.

extraditar o juzgar, o si es una cuestión que queda a la discreción de los Estados interesados⁴.

A.2 La Obligación aut dedere aut judicare en los tratados y en la práctica internacional

Del examen comparativo⁵ de los tratados pertinentes y las distintas fórmulas utilizadas en ellos para expresar tal obligación, se encuentran tratados sustantivos en materia penal internacional, los cuales establecen crímenes y exigen su tipificación penal, su enjuiciamiento o la extradición de sus autores. También se hallan otras convenciones sobre procedimientos, donde se establece la extradición y otras cuestiones de cooperación jurisdiccional entre los Estados. Todas las convenciones contra el terrorismo, a partir del Convenio de la Haya para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 1970, han incorporado la fórmula de juzgar o extraditar. Esta Convención estableció que ninguna excepción debe ser considerada, y establece la obligación con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio, con lo cual se hace más perentoria la obligación y reafirma, al tiempo, el principio de universalidad⁶.

Existen dos variantes de la fórmula del Convenio de la Haya. Por un lado, en el caso de un extranjero, la obligación alternativa de ejercitar la acción penal está sujeta a la decisión del Estado interesado de autorizar o no el ejercicio de una competencia extraterritorial. De otro lado, la obligación de ejercitar la acción penal sólo nace cuando se ha denegado una solicitud de extradición. Por ejemplo, la primera variante se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1988. La segunda variante se encuentra en el Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1977⁷.

Al respecto, se hace una importante observación con relación al principio de universalidad, se refiere a la necesidad de no confundir el principio de la universalidad de la

⁴ Ibid., p. 346. Se cita allí a M. Plachta: "Aut Dedere Aut Judicare: An Overview of Modes of Implementation and Approaches". En: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999, vol. 6, N° 4.

⁵ Ibid..., p. 346. Se cita: Bassiouni y otro. *Oppenheim's International Law*. R. Y. Jennings & A. Watts eds. 1992, (9ª ed.)

⁶ Ibid., pp. 346-347.

⁷ Ibid., p. 347.

represión con el principio de la universalidad de la jurisdicción o de la universalidad de la competencia de órganos judiciales. La universalidad de la represión significa que por la obligación de extraditar o juzgar significa no hay ningún lugar en que el autor de la infracción pueda eludir su responsabilidad penal y encontrar lo que se ha llamado un "refugio seguro"⁸.

Por su parte, el principio de la universalidad de la jurisdicción y la competencia guarda relación con el establecimiento de tribunales penales internacionales. En la práctica la extensión de la jurisdicción y competencia universales depende del número de Estados que aceptan la creación de esos tribunales, sin guardar relación directa con la obligación de extraditar o juzgar, de acuerdo con la opinión del profesor Zdzislaw Galicki⁹. Sin embargo cabe mencionar aquí el carácter universal e internacional que puede tener una figura como la jurisdicción universal de los crímenes de *jus cogens* o de algunos crímenes en particular por disposición de tratados y disposiciones internas, para no circunscribir el comentario sólo a los tribunales internacionales, como la Corte Penal Internacional. La evolución del principio de universalidad ha adoptado diversas formas desde su formulación inicial en el mencionado artículo 7 del Convenio de La Haya de 1970, hasta las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, la obligación figura simplemente como obligación de conceder la extradición o de juzgar. Esta obligación, en este contexto, sería para un número estrictamente limitado y definido de infracciones, llamadas, en ese momento, "Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad", con exclusión del crimen de agresión. El reconocimiento dado allí a la obligación se considera como un punto de partida porque puede extenderse a otros tipos de crímenes y delitos. Allí también está previsto un tercer elemento agregado a la alternativa dual de la obligación, posibilitar una competencia jurisdiccional paralela a través de los tribunales penales internacionales¹⁰.

Esta "tercera opción" trató de hacerse efectiva en la Convención de 1937 para la creación de una Corte Penal Internacional. Esta Corte debía haberse establecido para juzgar a las personas acusadas de alguna de los delitos tipificadas en la Convención para la

⁸ *Ibid.*, p. 347.

⁹ *Ibid.*, pp. 347-348.

¹⁰ *Ibid.*, p. 349.

Prevención y Represión del Terrorismo del mismo año. De acuerdo con lo dispuesto en la primera de estas Convenciones, el acusado podía ser juzgado por los órganos jurisdiccionales de un Estado, ser extraditado al Estado con derecho a solicitar la extradición o ser juzgado por la Corte Penal Internacional. La mencionada Convención nunca entró en vigor, ni fue creada la Corte.

La competencia complementaria de la Corte Penal Internacional, constituye otro ejemplo de la incorporación de esta obligación. Allí se da al Estado la posibilidad de elegir entre ejercer su jurisdicción sobre el autor de la infracción, o entregarlo a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La práctica en materia de tratados es bastante prolija, sobre todo con la adopción de diversas convenciones contra el terrorismo y otros crímenes que amenazan a la comunidad internacional. Allí se ofrece una base suficiente para examinar si la obligación de extraditar o juzgar constituye una verdadera obligación jurídica en derecho internacional consuetudinario.

Además, la práctica judicial ha venido ocupándose de dicha obligación, y ha confirmado su existencia en el derecho internacional contemporáneo. Tal como sucedió en el asunto *Lockerbie* en la Corte Internacional de Justicia, decidido en 1992. En este caso, los votos particulares de los cinco magistrados se apartaron de la decisión adoptada por la Corte de "no ejercer su facultad de indicar medidas provisionales"¹¹, como lo había solicitado Libia. Si bien la Corte no se pronunció respecto a este principio, los votos particulares confirmaron la existencia del "principio de derecho internacional consuetudinario *aut dedere aut judicare*" y "un derecho reconocido en derecho internacional y considerado incluso por algunos juristas como *jus cogens*"¹². Tales opiniones, deben tenerse en cuenta al considerar las tendencias del desarrollo actual de dicha obligación.

Se puede afirmar que la obligación de extraditar o juzgar, en su configuración más general, se encuentra en las normas y la práctica del derecho internacional, pero también es necesario el desarrollo de las legislaciones nacionales. Por tanto, se requiere dedicar tanta atención al derecho penal interno y a ciertas disposiciones constitucionales, como a las

¹¹ *Ibid.*, p. 349. Se cita: "Orders of 14 April 1992". En: *I.C.J. Reports 1992*, p. 114.

¹² *Ibid.*, p. 349. Se citan los votos particulares de los jueces Weeramantry y Ajibola.

normas y prácticas del derecho internacional. Se mira como inconveniente la limitación actual del alcance de esta obligación a los crímenes internacionales (y ni siquiera a todos ellos) definidos en las convenciones internacionales¹³.

A.3 Afirmación de la existencia de la obligación *aut dedere aut judicare* en el derecho internacional

En este orden de ideas, la "La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) en derecho internacional" tiene ya un grado de desarrollo suficiente como para que se proceda a su codificación. Lo que no es posible determinar aún es si tal labor adoptará la forma de un proyecto de artículos, unas directrices o unas recomendaciones¹⁴.

Uno de los asuntos que requieren pronta aclaración es la posibilidad de reconocer que tal obligación no se funda sólo en los tratados, sino también, en alguna medida, en normas consuetudinarias, puntualiza el estudio mencionado. El desarrollo y la determinación precisa de los elementos de la obligación redundan en beneficio de los Estados, y constituye un factor para la eficacia de la cooperación en materia penal.

“El tema está formulado con precisión y el concepto de la mencionada obligación claramente arraigado en las relaciones internacionales de los Estados desde tiempos antiguos (...). Como tal, la obligación ha sido ya incluida por la Comisión en la lista de temas apropiados para su examen futuro”¹⁵, concluye el informe del Profesor Galicki en el informe presentado a la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas.

Como puede verse la obligación de extraditar o juzgar es ubicada dentro de universalidad de la represión, y se diferencia de la universalidad de la jurisdicción mediante el establecimiento de tribunales internacionales o mediante el ejercicio de la llamada jurisdicción universal ejercida por los Estados en el marco de tratados y normas internas que expresamente autorizan su actuación. La obligación *aut dedere aut judicare* constituye una importante base jurídica de actuación de los Estados en el ejercicio prioritario de su jurisdicción en relación con las posibilidades de actuación de la Corte Penal Internacional.

¹³ *Ibid.*, p. 350.

¹⁴ *Ibid.*, p. 351.

¹⁵ *Ibid.*, p. 355.

Otra base de actuación de los Estados es la llamada jurisdicción universal, cuyo alcance y solidez como figura jurídica del derecho internacional se examina ahora.

B. LA LLAMADA JURISDICCION UNIVERSAL.

B.1 Consideraciones generales

El principio de complementariedad se encuentra conforme con los principios preexistentes del derecho internacional en materia de represión de crímenes¹⁶. Esto quiere decir que el surgimiento de la Corte Penal Internacional, la instauración de su jurisdicción penal de manera permanente, y el principio de complementariedad que rige sus relaciones con las jurisdicciones nacionales, toman en cuenta y se integran a potestades, obligaciones y desarrollos institucionales del derecho internacional previos que continúan vigentes.

Tales instituciones o figuras del derecho internacional entran a formar un todo con la nueva institución del derecho internacional, conservando cada uno su identidad pero, en el mejor de casos, contribuyendo todas y cada una de ellas al logro de los fines de la comunidad internacional y del derecho internacional penal, de acuerdo con el nivel de práctica y eficacia que cada una de ellas alcance en el procesamiento de los crímenes de derecho internacional.

El primer lugar en materia de jurisdicción sobre los crímenes de trascendencia para la Comunidad Internacional y como expresión de la soberanía de los Estados, está el principio que establece que el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen es el primer responsable de su investigación, juicio y sanción. En segundo lugar, como ya se vio, está obligación es complementada por aquella que dice que si no juzga se debe extraditar.

Sin embargo, como consecuencia de la evolución del derecho internacional, ciertas conductas delictivas pudieron ser investigadas y juzgadas por otros Estados; o por aquel cuya nacionalidad detenta el presunto criminal; o, con menor frecuencia, por el Estado cuya nacionalidad detentan las víctimas; y en otro nivel, por aquel en cuyo territorio se encuentre

¹⁶ Benvenuto, Paolo. "El Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma". En: Verdad, Justicia y Reparación: Corte Penal Internacional. Vicepresidencia de la República de Colombia. 2002.

el sospechoso. Se trata de la llamada, en sentido amplio, jurisdicción universal sobre los crímenes de trascendencia par la Comunidad Internacional.

En etapas anteriores en la evolución del derecho internacional, sólo los tribunales de un Estado tenían jurisdicción sobre las personas que habían cometido un crimen en su propio territorio. Poco a poco se generaron formas de jurisdicción extraterritorial, y se elaboraron unos principios con base en los cuales se extendía dicha jurisdicción. Se pusieron en juego principios como la personalidad activa, el principio de protección o defensa de los intereses de respectivo Estado, y uno de los más discutidos, el principio de la personalidad pasiva o sea cuando la víctima del delito es nacional del Estado interesado¹⁷.

Más allá de esa primera y elemental causa de competencia, la territorial, el derecho internacional elaboró otras normas para entregar de manera más amplia, a muchos o a la totalidad de los Estados, competencia sobre ciertos crímenes internacionales. Algunos tratados internacionales, y con anterioridad algunas normas consuetudinarias, habían establecido el papel central de los estados en el juzgamiento y castigo de los crímenes de trascendencia internacional.

El principio de universalidad habilita a los Estados para actuar fuera de su territorio y para proteger intereses de la comunidad internacional en su conjunto, tal principio coloca a las administraciones de justicia de los Estados al servicio de la vigencia del derecho internacional. La jurisdicción universal es la figura jurídica del derecho internacional que recoge este principio o concepto que reclama la universalidad de ciertos crímenes y su punición. Hay que decir, también, que sectores importantes de la doctrina sostienen que tal figura no se encuentra bien establecida en el derecho internacional convencional y en el consuetudinario¹⁸. Otro principio es el de universalidad, vinculado a la obligación de extraditar o juzgar, o de acuerdo con la fórmula o máxima latina *aut dedere aut judicare*¹⁹,

¹⁷ Márquez Carrasco, María del Carmen. “Alcance de la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional: Jurisdicción Universal o Nexos Jurisdiccionales Aplicables”. En: Carrillo Salcedo, Juan Antonio (Coord.). Criminalización de la Barbarie. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 364.

¹⁸ Bassiouni, M. Cherif. Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea. Trad. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, reproducido con autorización de Virginia Journal of International Law. En: www.edh.uchile.cl (visitado Sep. 15 de 2007), p. 3

¹⁹ *Infra*.

principio del cual también se predica universalidad y que debe distinguirse y entenderse de manera diferente al relacionado con el de la jurisdicción universal²⁰.

La jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional hace referencia a la jurisdicción universal de los Estados sobre crímenes internacionales, así como a la obligación de extraditar o juzgar. Es así como La 6º consideración (parr. 6º.) del Preámbulo del Estatuto alude a la obligación de todo Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, de este modo se alude la jurisdicción universal como obligación y como posibilidad de ejercicio prioritario en el tiempo de las jurisdicciones nacionales antes del ejercicio de la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional. De la misma manera la consideración 4ª de mismo Preámbulo (parr. 4) reafirma la obligación de adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar el sometimiento a la justicia de los responsables de los crímenes de trascendencia para la comunidad internacional. Se trata aquí de una alusión a la obligación de extraditar o juzgar.

Algunos tratadistas sostienen que el principio de complementariedad puede resultar útil para lograr el objetivo perseguido por la jurisdicción universal²¹, es decir, la superación de la impunidad. La existencia de la Corte Penal Internacional con facultades y capacidades para actuar sobre los más graves crímenes de derecho internacional, puede constituirse en el mecanismo capaz de inducir y promover un comportamiento más comprometido por parte de las jurisdicciones nacionales, incluyendo, por supuesto, las de los Estados que ejercerían la jurisdicción universal sobre tales crímenes. Lo mismo puede predicarse respecto al estímulo al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el principio *aut dedere aut judicare*.

El cumplimiento de las obligaciones del derecho internacional sobre la investigación y enjuiciamiento de tales crímenes sólo contaba con la voluntad discrecional de los Estados para hacerlo, ahora se cuenta con la jurisdicción complementaria de la Corte que puede constituir un mecanismo de control y se podría decir, de carácter *cuasi-* sancionatorio sobre las actuaciones de los Estados. Se entiende que la existencia de la Corte puede promover la

²⁰ Galicki, Zdzislaw. La Obligación de Extraditar o Juzgar (“aut dedere aut judicare”) en Derecho Internacional. En: www.untreaty.un.org (consultado septiembre 18 de 2007)

²¹ Philippe. Xavier. “Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión”. En International Review of the Red Cross. No. 862. Junio de 2006. En: www.circ.org (visitada agosto 1, 2007), p. 2.

actuación de las jurisdicciones nacionales desde una perspectiva optimista sobre el papel estimulador de la jurisdicción de la Corte. Al respecto puede suceder, también, que los Estados lleguen a preferir la actuación de la Corte Penal Internacional al ejercicio de la jurisdicción universal, como una manera de eludir sus responsabilidades, entre otras razones, por las eventuales incomodidades y conflictos políticos y diplomáticos que su ejercicio puede acarrear.

En el momento de la aprobación y primeras ratificaciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, existía una tendencia creciente, compartida por los Estados, para afirmar el principio de jurisdicción universal. A la vanguardia de tal tendencia se encontraba España y Bélgica²². Sin embargo, esta tendencia se morigeró o se movió en una dirección no esperada para entonces, como se verá más adelante.

B.2 El lento desarrollo de la jurisdicción universal

Después de 50 años de lentos desarrollos de la figura de la jurisdicción universal, poco a poco se convirtió en una tendencia la consagración de normas internas para dar facultades a las jurisdicciones nacionales en el procesamiento de los crímenes internacionales. Este movimiento abarcó Estados europeos y latinoamericanos, pero muy pocos ejercieron efectivamente dicha jurisdicción. Con el establecimiento de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, la tendencia se acrecentó²³. Más adelante tal tendencia sufrió un fuerte revés como veremos.

Cuando un Estado ejerce la jurisdicción universal, lo hace en nombre y como miembro de la comunidad internacional porque quiere participar en el mantenimiento del orden global. Esta figura guarda equivalencia con el concepto del derecho romano de *actio populares*, las cuales fueron concebidas para salvaguardar el interés público o general²⁴. La jurisdicción universal pone en funcionamiento los aparatos judiciales nacionales al servicio

²² Márquez Carrasco. Op.Cit., p. 365.

²³ *Ibid.*, p. 370.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia. Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Allí mismo voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade. Pp. 564, 568, 569, 571. En: www.acnur.org/biblioteca/pdf/2213.pdf (visitada el 15 de julio de 2007).

de la vigencia de las normas y los valores afirmados por la comunidad internacional y el derecho internacional.

La jurisdicción universal en su versión más pura prescinde de los vínculos o conexiones entre el crimen y los elementos estructurales de Estado (territorio y población – personalidad activa o pasiva de delito-), y se activaría la acción penal solamente por la naturaleza del crimen como violatoria de los valores y normas jurídicas en que se funda el orden internacional. La evolución y las distintas formas de darle configuración a esta figura en el derecho internacional se han movido entre las normas que han reclamado la existencia de algún vínculo entre el Estado interesado en procesar y algunos elementos vinculados al crimen, y entre aquellas que no reclaman ninguno, y que han constituido la versión pura del concepto. La versión pura ha sido la más cuestionada, y la que más dificultades ha tenido para su vigencia y ejercicio.

La jurisdicción sin ningún vínculo y en ausencia del acusado constituye la expresión más condensada de la jurisdicción universal en sentido puro tal como se ha actuado en el desarrollo de un caso y de esta institución en Bélgica, como se verá luego. Los demás desarrollos posibles la figura ponen uno u otro vínculo, desde aquellas que exigen la presencia del presunto responsable en el territorio del Estado, y luego todas las demás combinaciones posibles, como el vínculo por la nacionalidad de las víctimas, o por la nacionalidad del presunto victimario. Se trata, entonces, de una institución que tiene la configuración que se quiera adoptar en los ordenamientos nacionales.

Si tal jurisdicción se activa con base en factores de competencia diferente a la ofensa universal, esto es, si toma en cuenta factores como el territorial o la personalidad activa o la pasiva e el crimen, o el interés económico protegido, en estricto sentido no se estaría ante actuaciones con base en el concepto de la jurisdicción universal. Tal jurisdicción se fundamenta sólo en la naturaleza del crimen y la finalidad de reforzamiento del orden global mediante la punición de ciertos crímenes de relevancia para dicho orden. Se podría decir que se presenta confusiones porque no se distingue entre el principio de universalidad y otros principios en los cuales se fundamenta la jurisdicción extraterritorial, como el principio de la “representación” o el de “protección”²⁵.

²⁵ Bassiouni. Op. Cit., pp. 7 y 19.

La realidad de la práctica internacional, de acuerdo con la legislación de los Estados, es que se recurre a la conexión entre el crimen y alguno de los elementos del Estado que pretende ejercer la jurisdicción, sea la relación con el territorio, la nacionalidad del presunto criminal o de la víctima. Es preciso destacar que un sector importante de la doctrina propende por una teoría independiente de la jurisdicción universal respecto a los crímenes internacionales de *jus cogens*, es decir, sin requerir la evidencia de una conexión con factores particulares de competencia²⁶.

Una definición habitual del principio de universalidad en materia de jurisdicción, se basa en la suposición de que algunos crímenes son condenables de manera tan universal, que sus autores son enemigos de toda la humanidad y, por lo tanto, cualquier nación que arreste a los autores puede castigarlos de conformidad con su legislación aplicable a esos crímenes. Con arreglo a este principio, todo Estado tiene derecho a apresar y juzgar a una persona por determinados crímenes de acuerdo con su legislación²⁷.

B.3 Las fuentes de la jurisdicción universal

En cuanto a las fuentes mediante las cuales se establece el principio de la jurisdicción universal, ésta puede originarse en convenios internacionales, en derecho consuetudinario y en legislaciones nacionales²⁸. Sin lugar a dudas, las convenciones son la mejor fuente del derecho penal internacional y por lo tanto de la jurisdicción universal, por cuanto son las más aptas para satisfacer el principio de legalidad. De otro lado el derecho internacional consuetudinario puede ser fuente de reconocimiento de la jurisdicción universal cuando se trata de crímenes internacionales, pero sólo establecería el principio sin directrices y orientaciones precisas sobre su aplicación. En esta medida el derecho consuetudinario impondría una obligación más débil a los Estados en cuanto ella carecería de los contornos de definición necesarios para hacer exigible la obligación. Al margen de que la teoría consagre que no debe hacerse ninguna distinción entre las obligaciones emanadas de una u otra de estas fuentes.

²⁶ *Ibid.*, p. 20.

²⁷ CICR. Informe: "El Régimen de consentimiento del Estado contra la jurisdicción Universal". En: www.cicr.org (visitada mayo 24 de 2001) se cita la decisión del Caso Demjanjuk vs. Petrovsky (1982).

²⁸ Philippe. Op.Cit. p. 14.

De la misma manera los pronunciamientos de los tribunales internacionales y nacionales, así como las opiniones de las opiniones de los juristas en ejercicio o no de funciones en organismos internacionales, resultan relevantes para precisar el derecho vigente. Como se verá hay tratados que establecen la jurisdicción universal de manera inequívoca, así como hay jurisprudencia y opiniones de juristas que postulan la vigencia de la jurisdicción universal como derecho consuetudinario y como norma de *jus cogens*. También se presentan situaciones en las cuales el derecho interno resulta determinante a hora de establecer la jurisdicción universal y su alcance o extensión en los tribunales del respectivo estado, sin atenerse de manera estricta a los marcos consagrados en el derecho internacional.

Las convenciones que la establecen, y en cierta medida, el derecho consuetudinario, precisan el ámbito de aplicación de la jurisdicción universal, lo cual vino a ser confirmado en cierta medida por el trámite de algunos casos paradigmáticos en la materia. Entre otros, el caso Eichmann en 1961 en Israel y Argentina, el caso Demanjuk en 1985 en Israel y EE.UU, el caso Pinochet, sobre el cual se hará una ampliación más adelante, y el caso Butare Tour, llevado a cabo en el 2001, en una Corte de Bélgica.

Esta referencia a las fuentes resulta pertinente por cuanto la afirmación ideal de una jurisdicción universal fundada solamente en normas consuetudinarias y de *jus cogens*, tanto en lo sustancial de la materia como en los procedimientos, carece de posibilidades reales de ejercicio en la práctica de los Estados. A pesar de lo destacable y bien intencionada de tal postura la cual no resulta realista y ha sido llamada por algunos doctrinantes “una posición universalista derivada de una cosmovisión idealista”²⁹.

De acuerdo con los estudios del Profesor Bassiouni³⁰ sobre las legislaciones nacionales, muy pocos Estados tienen disposiciones que permitan el procesamiento de crímenes internacional *jus cogens* mediante una competencia de jurisdicción universal en sentido estricto, esto es sin recurrir a los nexos territoriales y personales (activo y pasivo). Aún más, ningún Estado ha ejercido la jurisdicción universal sin legislación nacional y sólo apelando a las normas internacionales convencionales que aportan base a dicha jurisdicción. Tampoco los órganos judiciales internacionales creados después de la Segunda

²⁹ Bassiouni. Op.Cit., p. 14

³⁰ Ibid., p. 21

Guerra (cinco comisiones investigadoras, cuatro tribunales *ad hoc*) han sido fundados con base en normas de jurisdicción universal.

De acuerdo con lo dicho hasta ahora no basta con el reconocimiento de la jurisdicción universal, para que la misma se convierta en norma jurídica vigente, aplicable y eficaz. Se requieren tres condiciones básicas para la aplicación de la misma: en primer lugar, una razón específica para autorizar dicha jurisdicción; en segundo lugar, una definición suficientemente clara del crimen, y por último, que sus elementos constitutivos y medios nacionales de aplicación permitan a las instancias locales actuar³¹. Si alguna de estas condiciones está ausente, el reconocimiento de la jurisdicción universal pasa a ser sólo una expresión de deseo u otra forma política de hacer caso omiso a las obligaciones internacionales.

B.4 El principio de universalidad en el Estatuto de Roma

Como se indicó el Estatuto de la Corte Penal Internacional alude de manera general a las facultades de los Estados en el preámbulo donde se hace una referencia a la jurisdicción universal, pero tal alusión no garantiza la vigencia homogénea y consolidada de tal principio en el derecho internacional.

Tampoco puede decirse que el Estatuto de la Corte establece una jurisdicción de alcance universal, esto no ocurre por cuanto el alcance de su jurisdicción no se extiende a todos los Estados del mundo, sino a los Estados Parte en cuyo territorio se ha cometido el crimen o del cual sea nacional el acusado³². De igual manera cuando se requiere la aceptación de un Estado no parte para el ejercicio de la competencia de la Corte, ello se realiza con base en los mismos nexos entre crimen y Estado³³. Tanto por factores de competencia *ratione materiae*, como por factores de extensión, la jurisdicción la Corte Penal Internacional no es equivalente a la jurisdicción universal.

Algunas opiniones consideran que las facultades del Consejo de Seguridad respecto a la Corte son de alcance universal. El Consejo de Seguridad está facultado para remitir al

³¹ Xavier. Op. cit, p. 6.

³² Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 12, 2, a y b.

³³ Estatuto. Art. 12,3.

Fiscal una situación en la que se supone se han cometido delitos contenidos en el Estatuto³⁴. Debe ser una actuación acorde con las normas del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, uno de cuyos contenidos son las facultades de dicho Consejo en situaciones de amenazas y quebrantamiento de la paz y actos de agresión, situaciones en las cuales pueden darse violaciones a los derechos humanos y crímenes de guerra, o al contrario situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos y a las normas humanitarias que puedan constituirse en amenazas a la paz.

Estas normas sustanciales de la Carta de las Naciones Unidas son consideradas de *jus cogens* y vinculan, incluso, a los Estados que no son parte de las Naciones Unidas. Por esta razón el Consejo, como una hipótesis de trabajo, puede remitir situaciones acaecidas en territorios o cometidos por nacionales de Estados que no son parte de las Naciones Unidas ni del Estatuto de Roma. En este orden de ideas, la competencia de la Corte alcanza una extensión universal, pero no en virtud de una norma jurisdiccional del Estatuto mismo, sino por ejercicio de facultades y potestades del Consejo de Seguridad mismo con base en normas sustantivas de *jus cogens* de la Carta de las Naciones Unidas³⁵.

Posición compartida por Bassiouni quién interpreta tal facultad del Consejo de Seguridad de alcance universal para remitir a la Corte una situación como una norma o facultad de jurisdicción universal³⁶. También atribuye este profesor carácter de jurisdicción universal a las remisiones de situaciones a la Corte por parte de los Estados parte y los Estados no parte³⁷.

C. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN LAS CONVENCIONES

De acuerdo con otro estudio de Bassiouni³⁸, en el derecho penal internacional existen 27 categorías de crímenes, las cuales se desprenden de 276 convenciones celebradas

³⁴ Estatuto. 13. b.

³⁵ Drnas de Climent, Zlata, "Constitución Nacional y Jerarquía de los Tratados Internacionales". En: Anuario de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 11. En: www.acader.une.edu.ar (visitada julio 10, 2007).

³⁶ Bassiouni. Op. cit., p. 21

³⁷ *Ibid.*, p. 34

³⁸ El estudio que se viene siguiendo del Profesor Bassiouni se escribió en el marco de un proyecto promovido por la Universidad de Princeton y por la Oficina de la Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos cuyo objetivo fue hacer un balance general y un conjunto de propuestas para precisar el alcance de la jurisdicción universal y promover su aplicación.

entre 1815 y 1999. En estas normas penales hay 32 disposiciones relativas a jurisdicción penal y a teoría jurisdiccional y sólo unas pocas, que se describen en el siguiente apartado, contienen en forma explícita o implícita la jurisdicción universal. Existen además, 98 disposiciones que contienen la obligación de procesar y 68 la obligación de extraditar, con lo cual queda en evidencia la preferencia por este tipo de mecanismo para el cumplimiento de las obligaciones internacionales en esta materia.

De manera concreta se enuncian como³⁹ crímenes internacionales de *jus cogens*: la piratería, la esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, *apartheid* y tortura. También se dan otras convenciones que se ocupan de crímenes no calificados como de *jus cogens*, las cuales contienen disposiciones de jurisdicción universal.

La aplicación de la jurisdicción universal, como una excepción al principio general de jurisdicción territorial, fue reconocida inicialmente para los crímenes como piratería y comercio de esclavos. Desde entonces el principio se ha extendido, con ciertas restricciones, a los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crímenes de genocidio, *apartheid*, tortura, y otros crímenes⁴⁰. Para efectos de la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional, es importante abordar el estado de vigencia de la jurisdicción universal respecto de los crímenes de competencia de la Corte (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión).

También resulta conveniente comprender el estado de desarrollo de la jurisdicción universal, las tendencias de su evolución en el derecho internacional y su práctica por cuanto a todo ello tendrán que hacer referencia las decisiones de la Corte en el momento de decidir la admisibilidad de asuntos o situaciones sometidos a su conocimiento.

C.1 Jurisdicción universal y piratería

La piratería se considera la base o la primera experiencia de la jurisdicción penal universal para crímenes *jus cogens*. En su temprana historia, la piratería no estuvo vinculada a la jurisdicción universal, sino fue a partir del siglo XIX. En sus primeros

³⁹ *Ibid.*, p. 22

⁴⁰ CICR. "Informe", p. 1

desarrollos, durante la modernidad, no se generó un mecanismo de jurisdicción universal por cuanto el factor determinante para castigar a los piratas era la bandera del barco atacado, con lo cual se estaba en presencia de la prolongación del territorio del Estado a las naves. La legislación positiva en el siglo XX estableció la jurisdicción universal para la piratería, esto significa que los Estados decidieron otorgar una regulación amplia cuando ya la piratería prácticamente había desaparecido.

En efecto, en 1958 se adoptó la Convención de Ginebra sobre el Alta Mar. Allí se establece en el artículo 19, que todo Estado puede apresar buques o aeronaves piratas en alta mar, o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, lo mismo detener a personas, e incautar bienes que se encuentren en dichas naves. Son los tribunales nacionales del Estado, quienes ejecutaron la detención, los que deciden la pena a imponer y las medidas a aplicarse sobre las naves y demás bienes incautados⁴¹. En 1982, la Convención de Montego Bay (Jamaica) sobre Derecho del Mar, reiteró de manera textual el citado artículo 19.

C.2 Jurisdicción universal y esclavitud

En relación con el crimen de esclavitud, durante el siglo XIX se desplegó un movimiento para la abolición del mismo. El llamado Congreso de la Restauración celebrado en Viena en 1815 en su declaración dio igual tratamiento al tráfico de negros y a la piratería, de acuerdo con los propósitos de Inglaterra. Desde 1815 hasta 1982 se produjeron 27 convenciones sobre la esclavitud y las prácticas relacionadas con ella, y más de 47 convenciones sobre temas relacionados con ella; aún así, no se estableció con prontitud la jurisdicción universal para este tipo de crímenes⁴². La jurisdicción universal se estableció de manera más clara respecto del tráfico de esclavos en alta mar, dada la cercanía de dicho comportamiento con la piratería. En cuanto a la explotación sexual, las convenciones han dejado en mano de los Estados la decisión sobre la teoría de jurisdicción.

La totalidad de los tratados sobre la esclavitud y las prácticas relacionadas con ella, obligan a los Estados a adoptar las medidas efectivas para prevenir y suprimir la esclavitud,

⁴¹ Cf. “Convención de Ginebra sobre la Alta mar de 1958”. Art. 19.

⁴² Bassiouni. Op. Cit., p. 26. Citando su propio trabajo: International Criminal Law Convention and their Penal Provisions (1997).

de igual manera, obligan a adoptar medidas acerca de la tipificación y sanción, extradición y asistencia judicial. Este conjunto de obligaciones se ubica dentro del concepto de *aut dedere aut judicare*. La Convención suplementaria de 1956, sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas, dispone la obligación general al Estado de enjuiciar y castigar a quienes cometan este tipo de crímenes internacionales, pero se deja al Estado la posibilidad de escoger el medio y el alcance de las medidas a tomar⁴³. Esto es así incluso en las convenciones más recientes que vinculan la esclavitud con la piratería, como la Convención de Ginebra sobre Alta Mar de 1958 y la Convención sobre Derecho del Mar del Montego Bay (Jamaica) de 1982.

Por otra parte, ante el incremento del tráfico de mujeres y niños para la explotación sexual, se aprobó el Protocolo sobre la Trata Internacional de Mujeres y Niños. Éste es parte de la Convención sobre el Crimen Organizado del año 2000, pero no incluye disposición alguna sobre jurisdicción universal.

C.3 Jurisdicción universal y crímenes de guerra

Han sido los tratadistas los que han impulsado el concepto de la jurisdicción universal como correlativa e inescindible de este tipo de crímenes de *jus cogens*. Respecto a los crímenes de guerra, los abundantes instrumentos internacionales sobre esta materia recogen el derecho internacional consuetudinario sobre los usos y costumbres de la guerra. Los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977, contienen la regulación más completa sobre reglamentaciones y prohibiciones, lo mismo que normas penales específicas. Las infracciones a los Convenios de Ginebra y las llamadas “Leyes y Costumbres de la Guerra” son crímenes de guerra y son crímenes internacionales *jus cogens*.

Los Cuatro Convenios de Ginebra contienen un artículo común sobre las “infracciones graves” contenidas en los artículos 50, 51, 130 y 147, y en el artículo 85 del Protocolo I. Sin embargo, de acuerdo con la opinión del profesor Bassiouni, no existen en estas normas una disposición específica sobre la jurisdicción universal, pero se puede entender que de la obligación general allí establecida, de hacer cumplir la ley penal y de la

⁴³ Xavier, Op.Cit., p. 13.

obligación de prevenir y reprimir, se deduce el derecho de las partes de ejercer la jurisdicción universal, de acuerdo con su propia legislación. Por lo tanto, se puede concluir, que los Convenios de Ginebra y el Protocolo I establecen una base suficiente para que los Estados apliquen la universalidad de la jurisdicción para prevenir y reprimir “infracciones graves”. Ninguna otra convención sobre los conflictos armados contiene una disposición similar.

La práctica de los Estados no ha reflejado una disposición consistente en cuanto a realizar procesamientos por violaciones a las normas penales de guerra con base en normas de jurisdicción universal. Se han presentado unos pocos casos, que han servido para que algún sector de la doctrina sostenga la existencia y vigencia de la jurisdicción universal en este campo. La verdad es que se trata de pocos casos y espaciadas en el tiempo, que no permiten hablar de la existencia de una práctica consistente y consolidada, lo cual no ha sido obstáculo para que se haya sostenido la existencia del una derecho consuetudinario respecto a la jurisdicción universal en casos referidos a las “infracciones graves” antes aludidas. Para el mismo profesor, esta jurisdicción universal se deriva de las opiniones de los académicos y expertos, quienes extienden la universalidad de los crímenes de guerra a la universalidad de la jurisdicción. En suma se puede decir que el derecho de los conflictos armados no impide a los Estados expandir su jurisdicción para incluir la jurisdicción universal⁴⁴.

Un ejemplo de los sectores de la doctrina que sostienen la existencia inequívoca de la jurisdicción universal en materia de graves crímenes de guerra es el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y sus expertos. Para ellos las disposiciones relativas a la jurisdicción universal con respecto a los crímenes de guerra son claramente reconocidas, en cuanto son infracciones graves contra los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y del Protocolo adicional I del 8 de junio de 1977.

El CICR se refiere a normas establecidas en los Convenios de Ginebra donde se señala que: “Cada una de las partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad” (artículos 49, 50, 129, 146 y 80, respectivamente de los Cuatro

⁴⁴ Bassiouni., Op. Cit., p. 31.

Convenios y del Protocolo I)⁴⁵. El Estado puede optar, según lo disponga su propia legislación, por entregar los inculcados para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes. Una disposición en el mismo sentido se encuentra en la Convención de La Haya del 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (Art. 28).

De acuerdo con la visión optimista del CICR, en uno de sus pasados informes aún vigentes, se señala en la presentación de antecedentes que las legislaciones nacionales han aprobado leyes en las que conceden a sus propios tribunales la jurisdicción universal sobre crímenes de guerra. La mayoría de los países de la Commonwealth han incorporado tipos penales, sanciones, órganos y procedimientos encargados del procesamiento de estos crímenes en relación con los Convenios de Ginebra. Las leyes de Bélgica se volvieron emblemáticas en la materia durante mucho tiempo. Otros Estados han aprobado leyes en las que se prevé la jurisdicción universal con respecto a los crímenes de guerra, sin hacer referencia a los Convenios de Ginebra, como sucede en la Ley Orgánica 6/1985 de España, el código criminal canadiense de 1987, y la ley de la Guerra de Mar y tierra del Reino Unido de 1958. Algunos Estados han autorizado a sus tribunales la jurisdicción universal en caso de crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales, como en el Código Penal de Suecia y el de Finlandia, una ley de los Países Bajos, y la Ley del 16 junio de 1993 de Bélgica⁴⁶.

⁴⁵ *Convenios de Ginebra*. El texto de los artículos 49, 50, 129, 146 y 80, de los Cuatro Convenios y del Protocolo I dice:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

⁴⁶ CICR. "Informe", pp. 2.

Por ejemplo, Geneva Conventions Act de Australia (1957, enmendada en 1991), del Canadá (1965) y de la India (1960). También la Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977 de Belgique]. Otros Estados han aprobado leyes en las que se prevé la jurisdicción universal con respecto a los crímenes de guerra sin referencia alguna a los Convenios de Ginebra [véase, por ejemplo, la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial de España, art.23 (4); el Criminal Code canadiense, enmendado por la ley C-71 (1987), artículo 7 (3.71); o la Law of War on Land (being Part III of the Manual of Military Law) británica (1958), cap. XIV, párr.637, p.180]. Algunos Estados incluso han otorgado a sus tribunales la jurisdicción universal cuando se trata de crímenes de guerra perpetrados en los conflictos armados no internacionales [véase, por ejemplo, el

Desde la perspectiva del CICR, esta elaboración de leyes nacionales ha permitido a los tribunales locales juzgar a presuntos criminales de guerra basándose en la jurisdicción universal, particularmente, en casos de la Segunda Guerra Mundial, y en los conflictos armados en la ex Yugoslavia y en Ruanda, como los siguientes ejemplos lo exponen⁴⁷:

- Tercera Sala de la División oriental del Tribunal Superior de Dinamarca, Fiscal contra Refik Saric, decisión de fecha 25 de noviembre de 1994, Caso n° S-3396-94 (traducción no oficial al inglés por el TPIY): un ciudadano yugoslavo juzgado por crímenes perpetrados contra civiles durante los conflictos armados en ex Yugoslavia y condenado en virtud del artículo 146 del III Convenio y del artículo 147 del IV Convenio de Ginebra;
- Polyukhovich vs. Commonwealth of Australia (Tribunal Superior de Australia, 14 de agosto de 1991), 172 CLR 501, pp.562-3, 565, juez Brennan: actas relativas al juicio de un australiano, ex ciudadano de Ucrania, acusado de haber cometido crímenes de guerra en Ucrania ocupada durante la Segunda Guerra Mundial;
- Kadic vs. Karadzic, 70 F.3d 232 (2 Cir. 1995), p.243: demanda civil que se basa, entre otras acusaciones, en los crímenes de guerra presuntamente cometidos por un ex ciudadano yugoslavo durante los conflictos armados en ex Yugoslavia. En ese proceso, el Tribunal afirmó expresamente: "En virtud de la *Alien Tort Act*, el tribunal de distrito tiene jurisdicción con respecto a las demandas del apelante por crímenes de guerra y otras infracciones del derecho internacional humanitario" (trad.CICR);
- Tribunal de Bruxelles, Chambre du Conseil, Ordonnance du 22 juillet 1996, Journal des Procès n° 310 (20 septembre 1996): mandamiento judicial relativo al juicio de un ciudadano ruandés por crímenes cometidos durante el conflicto armado y el genocidio en Ruanda contra personas protegidas por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977;

Código Penal de Suecia, capítulo 2, art.3, párr.5; el Código Penal de Finlandia, capítulo I, art.3, párr.2.1; la Orloogstrafrecht (Países Bajos), art.1, párr.3 y art.12, párr.1; así como la Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977 de Belgique, art.7.

⁴⁷ CICR. « Informe », p. 2.

- Tribunal Militaire de Cassation (Suiza), Décision du 8 juillet 1996, Considerando 2(a): juicio de un ciudadano ruandés por infracciones graves contra los Convenios de Ginebra de 1949 y contra los Protocolos adicionales de 1977, presuntamente cometidos en Ruanda durante el genocidio.

Según el principio de universalidad, los tribunales nacionales normalmente tienen jurisdicción con respecto a procesos penales, pero también pueden ejercerla cuando se trata de demandas civiles, como lo demuestra la ley estadounidense Alien Tort Compensation Act. También se debe tener en cuenta la observación sobre esta posibilidad jurídica particular en el documento sobre las normas y principios que rigen las relaciones internacionales de los Estados Unidos en Restatement of the Law (Third), The Foreign Relations Law of the United States (American Law Institute, 1987, Comentario b) sobre el párr.404, p.255). También la declaración del Tribunal en el caso Kadic contra Karadzic mencionado anteriormente: "Aunque la jurisdicción está autorizada en virtud del artículo 404 [de Restatement] aplicando la legislación penal, de conformidad con el derecho internacional también se permite que los Estados busquen soluciones jurídicas civiles apropiadas (...) tales como acciones legales por acto ilícito civil autorizadas según la *Alien Tort Act*" (trad.CICR).

C.4 Jurisdicción universal y crímenes de lesa humanidad

La jurisdicción universal aplicable a los crímenes de lesa humanidad contrasta con las infracciones graves contra los Convenios de Ginebra de 1949 o del genocidio, porque no se ha incorporado en tratado alguno la definición ni el reconocimiento del principio de dicha jurisdicción. Además, en la breve historia del empleo de la expresión "crímenes de lesa humanidad", la definición de estos crímenes ha tenido un desarrollo poco coherente. Sin embargo, para el CICR, se ha ejercido el principio de jurisdicción universal en algunos casos significativos, se han proferido algunas pocas leyes nacionales, y se han emitido

algunas jurisprudencias en los Estados que constituyen un buen antecedente en el proceso de adopción internacional de esta institución⁴⁸.

Por primera vez, los crímenes contra la humanidad fueron definidos en el Estatuto de Nuremberg (art. 6c). La misma definición fue incluida en el Estatuto del Tribunal Militar para el Lejano Oriente (TIMEO), y en la Ley No. 10 del Consejo de Control para los territorios de Alemania ocupada. La jurisdicción para estos crímenes era territorial, aunque también se defirió de acuerdo con la personalidad pasiva, es decir, la nacionalidad de las víctimas. De la misma manera la jurisdicción establecida para esta clase de crímenes en los tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, así como la establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (salvo las remisiones del Consejo de Seguridad), se ha discernido con base a factores de competencia territoriales o personales, y éstas no constituyen experiencias de regulaciones de una jurisdicción universal para esta clase de crímenes.

No existe una convención internacional especializada en crímenes contra la humanidad, por esta misma razón no existe una ley convencional que establezca una jurisdicción universal para esta clase de crímenes. Sólo unos pocos Estados han dictado leyes que habilitan a sus tribunales para juzgar esta clase de crímenes aunque fueran cometidos en

⁴⁸ CICR. « Informe », p. 2. En este texto el CICR se presentan los siguientes juicios como ejercicio de la jurisdicción universal y por tanto no sujeta al principio de jurisdicción territorial:

The Attorney General of the Government of Israel vs. Adolf Eichmann, tribunal de distrito de Jerusalén (1961), reimpreso en 36 *ILR* 18, p.26; Attorney General of Israel vs. Eichmann, Tribunal Supremo de Israel (1962), reimpreso en 36 *ILR* 28; Demjanjuk vs. Petrovsky, 776 F.2d 571, p.582, reimpreso en 79 *ILR* 538, p.545; Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et al. vs. Barbie (Tribunal de Casación, 1983), 78 *ILR* 125, p.130; véase también R. vs. Finta (24 de marzo de 1994), 1 SCR 701, voto en contra del juez LaForest. En materia de legislaciones nacionales que prevén la jurisdicción universal, el CICR destaca: el *Criminal Code* canadiense, enmendado por la ley C-71 (1987), artículo 7 (3.71) y en la ley israelí *Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law*, 5710-1950, párr. 1(a). Además, el razonamiento seguido con respecto al derecho convencional puede repetirse en relación con la legislación nacional, puesto que algunos Estados han otorgado a sus tribunales la jurisdicción universal por lo que atañe al crimen de tortura [véase por ejemplo, el *Code de Procédure Pénale* francés, art.689-2 y la *British Criminal Justice Act* (1988), art.134 (1)]. Si los Estados reconocen la jurisdicción universal por lo que respecta a actos individuales de tortura, resulta obvio que la reconocen también cuando se trata de crímenes de tortura que hayan alcanzado el nivel de crímenes de lesa humanidad. En *Restatement of the Law (Third) on the Foreign Relations Law of the United States* (1987) se adopta un punto de vista similar, respecto a crímenes como el secuestro o los ataques violentos e indiscriminados contra la población son tratados cada vez más como delitos sujetos a la jurisdicción universal. Un tribunal estadounidense afirmó sobre la base de la *Alien Tort Act*, que a los torturadores, al igual que a los piratas, habría que tratarlos como enemigos de toda la humanidad (véase Filartiga vs. Peña Irala, 630 F.2d 876, 2 Cir. 1980). En opinión de jueces nacionales, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, comparados a menudo con la piratería (véase, por ejemplo, Polyukovich vs. Commonwealth of Australia, Tribunal Superior de Australia, 14 de agosto de 1991, 172 CLR 501, pp.562-3, 565, juez Brennan) son considerados de crímenes contra la humanidad en su conjunto, sujetos a la jurisdicción universal.

otro territorio y por o contra nacionales de otros Estados. También se han exigido otros nexos para generar la competencia.

Pero con estos crímenes de lesa humanidad, sucede como con todos los crímenes internacionales de *jus cogens*, se supone, de acuerdo con opinión de un sector importante de la doctrina, que tales crímenes llevan aparejada la obligación de procesar y extraditar, y que se permite al Estado basarse en la universalidad para el procesamiento, castigo y extradición⁴⁹.

En el caso Scilingo procesado en el España en ejercicio de la jurisdicción universal en el encuadre típico de las conductas la Sala Penal de la Audiencia Nacional optó por los delitos de lesa humanidad, a pesar de que su consagración en las leyes penales españolas sólo se realizó en el 2003 y entraron en vigor en octubre de 2004, para lo cual acude al carácter de crímenes internacionales *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* para su procesamiento y sanción. Para ello acude a una noción más amplia del principio de la legalidad y de la pena contenido en el principio *nullum crime sine iure* para los crímenes internacionales de *jus cogens* (mas amplio que el *nullum crimen nulla poena sine lege*, propio de los ordenamientos internos). Tal doctrina se adoptó con respaldo en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*.

C.5 Jurisdicción universal y crimen de genocidio

Un crimen internacional con este nombre no existía antes de la aprobación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Se consideró que el delito de genocidio era el sucesor de los delitos o crímenes contra la humanidad, pero la verdad es que constituye una figura específica y restringida.

En dicha Convención se establece una jurisdicción territorial y una jurisdicción de un tribunal penal internacional, siempre y cuando su jurisdicción sea reconocida por los Estados parte. El carácter universal de la hipotética corte para el crimen de genocidio mencionado en esta Convención, dependía de la forma como se hubiera configurado en su estatuto, el cual no llegó a estatuirse.

⁴⁹ Bassiouni. Op. Cit.: pp. 32.

El Estatuto de Roma de 1998 aprobó la creación de la Corte Penal Internacional, con ello se dio cumplimiento al deseo expresado en la Convención de 1949 de crear una corte penal internacional que asumiera la competencia sobre los criminales responsables de genocidio. Por tanto, la Corte Penal Internacional responde a la necesidad de procesar este tipo de crímenes y otros de interés para la comunidad internacional. Como se expuso anteriormente, la competencia de la Corte no es de alcance universal, salvo en las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad.

También en 1993 se creó el Tribunal *ad-hoc* para la ex Yugoslavia, y en 1994 se creó el Tribunal para Ruanda. El genocidio hace parte de los crímenes de competencia de estos tribunales, pero como se indicó su jurisdicción no es de alcance universal.

El artículo sexto de la Convención no contiene una disposición donde se establezca de manera clara una jurisdicción universal para el crimen de genocidio⁵⁰. Pero un sector de la doctrina argumenta que el derecho internacional consuetudinario ha reconocido la universalidad de jurisdicción para este crimen, a pesar de la escasa práctica de los Estados⁵¹. Por lo tanto la jurisdicción universal se deduce para el crimen de genocidio de su carácter de crimen internacional de *jus cogens*. La influencia de estos tratadistas se ha dejado sentir por ejemplo en el documento conocido como *Restatement of the Foreign Relations law of the United States*. Este documento recoge la doctrina oficial de los EE.UU. para sus relaciones internacionales, en él se dice: “La jurisdicción universal para castigar el genocidio es ampliamente aceptada como un principio de derecho consuetudinario”⁵².

Para el CICR, la Convención (art. VI), basándose en la jurisdicción universal, no impide explícitamente a terceros Estados que enjuicien a personas sospechosas de haber cometido crímenes de genocidio⁵³. En este sentido, en el Caso Eichmann, puesto que el genocidio es un delito de derecho internacional de *jus cogens*, “la limitación de la jurisdicción al Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen de genocidio no refleja

⁵⁰ El artículo VI de la Convención dice:

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

⁵¹ Bassiouni. Op. Cit., p. 34. Menciona tratadistas como Theodor Meron., Christopher C. Joyner, Jordan J. Paust, y Kenneth Randal,

⁵² Citado por Bassiouni. Op. Cit., p. 34, nota 151.

⁵³ CICR. « Informe », p. 7.

debidamente el derecho consuetudinario”⁵⁴. En el mismo caso el tribunal de distrito hizo la siguiente declaración, confirmada por el Tribunal Supremo: "Está claro que en el artículo 6 (de la Convención) la referencia a la jurisdicción territorial, además de la jurisdicción de un tribunal internacional inexistente, no es exhaustiva [...] y la adhesión de un Estado a la Convención no implica que éste renuncie a los poderes no mencionados en el artículo 6" (trad.CICR).

En relación al crimen de genocidio, en el caso Tadic, la jurisprudencia de Tribunal para la ex Yugoslavia aseveró que la jurisdicción universal es reconocida para los crímenes internacionales. De la misma manera el Tribunal para Ruanda en el caso Ntuyahaga, sostuvo que la jurisdicción universal existe para este crimen.

Para el CICR, el crimen de genocidio, fue considerado a menudo como la forma más grave de crimen de lesa humanidad, y por lo tanto se aplican a él los dispositivos existentes para esta categoría de delitos. Las legislaciones nacionales no han distinguido entre ellos dos, y muchas veces han considerado el crimen de genocidio como una forma particular de crimen contra la humanidad⁵⁵.

El carácter de derecho consuetudinario y de *jus cogens* de numerosas disposiciones de la Convención sobre el Genocidio, fue incluso, establecida en una jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, como bien lo destaca el Profesor Carrillo Salcedo. En efecto, la Corte Internacional de Justicia emitió una opinión consultiva en mayo de 1951 sobre la validez de ciertas reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, allí expresó que dicha Convención contiene principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados inclusive al margen de todo vínculo convencional”⁵⁶.

Algunos Estados, como España, Estonia, Etiopía, Israel, Portugal, y Costa de Marfil, entre otros, han aprobado leyes sobre el genocidio y han concedido a sus tribunales la

⁵⁴ CICR. « Informe », p. 8. Donde cita: Attorney General of Israel vs. Eichmann, tribunal de distrito de Jerusalén (1961), 36 ILR 18, 39. También Attorney General of Israel vs. Eichmann, Tribunal Supremo de Israel (1962), 36 ILR 277, 304).

⁵⁵ CICR. « Informe », p. 7. Allí dan los siguientes ejemplos: el código penal etíope (1957), art.281; el *Código Penal* portugués (1995), título III, capítulo II; el código penal finlandés (1975), capítulo 13; el *Código Penal* mexicano (1931), título III, capítulo II y el código penal esloveno (1995), capítulo 35.

⁵⁶ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 1995, p. 66. Véase CIJ, Reservations to the Convention on Genocide, Opinión consultiva, *ICJ Reports*, 1951, p.23.

jurisdicción universal con respecto a las infracciones que corresponden a la definición que figura en la Convención de 1948⁵⁷.

Son pocas pero significativas, de acuerdo con la valoración del CICR, las causas judiciales específicamente referentes al genocidio. Se pueden citar dos procesos: el de Eichmann, en sus dos instancias, y un juicio donde un tribunal estadounidense, al considerar si un crimen de genocidio perpetrado en el territorio de la ex Yugoslavia podría fundamentar una acción legal en virtud de la Alien Tort Act, dijo claramente: "El tribunal de distrito tiene competencia material con respecto a esas demandas en virtud de la Alien Tort Act" (trad.CICR)⁵⁸.

En el caso de las investigaciones, acusaciones y solicitud de extradición del Poder Judicial español contra el General Pinochet, se puso en juego tanto la descripción típica del crimen de genocidio, como la jurisdicción universal sobre él. En efecto, el 10 de diciembre de 1998, el Juez Baltasar Garzón, Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, formuló cargos contra el General Pinochet por genocidio, terrorismo y tortura⁵⁹.

España, al amparo de su legislación nacional (art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) tenía competencia para juzgar ciertos crímenes graves cometidos fuera de su territorio. Entre los crímenes se especifican el de genocidio, terrorismo, piratería y secuestro de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, prostitución y narcotráfico⁶⁰.

Por tanto, el 5 de noviembre de 1998, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional decidió en forma unánime que España estaba facultada para investigar los crímenes de genocidio, terrorismo y tortura cometidos por miembros de los gobiernos militares de Chile y Argentina⁶¹.

En la formulación de cargos, el Juez Garzón sostuvo que el genocidio es un crimen de lesa humanidad en virtud del derecho internacional consuetudinario y está prohibido por la

⁵⁷ CICR. Informe, p. 8. Trae los siguientes ejemplos: La Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial de España, art.23 (4); el código penal estonio, título I, capítulo II (1); el código penal etíope (1957), art.281; la ley penal israelí (1977), parte I, capítulo II, párr.4; el Código Penal portugués (1995), art.5 y el Code Pénal de Costa de Marfil (Ley nº81-640), art.137.

⁵⁸ CICR. « Informe », p. 9. Donde cita: Attorney General of Israel vs. Eichmann, tribunal de distrito de Jerusalén (1961), 36 ILR 18, 39. También Attorney General of Israel vs. Eichmann, Tribunal Supremo de Israel (1962), 36 ILR 277, 304). También Kadic vs.Karadzic, 70 F.3d 232 (2 Cir.1995), p.242.

⁵⁹ Human Rights Watch (HRW). "Cuando los Tiranos Tiemblan: El Caso Pinochet". New York, 1999. Pp.4-30. En: www.hrw.org/spanish/informes/1999 (visitado Agosto 15, 2007).

⁶⁰ *Ibid.*, p. 22

⁶¹ *Ibid.*, p. 22

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Además estimó que en el caso chileno, se trató de eliminar una parte del "grupo nacional" por sus ideas calificadas de comunismo o de ateísmo, las cuales resultaban contrarias a los valores proclamados por el gobierno militar. Por lo tanto el conjunto de conductas realizadas constituyó un genocidio. El Juez Garzón alegó que el concepto de genocidio no sólo es aplicable a la destrucción total o parcial de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, sino que también es aplicable a minorías que comparten las mismas características raciales, étnicas o religiosas con el resto de la población y son perseguidas únicamente por motivos ideológicos⁶².

La Sala Penal de la Audiencia Nacional acogió los planteamientos del Juez Garzón, en decisión unánime del 5 de noviembre de 1998 confirmó el derecho de España a juzgar al General Pinochet por genocidio. Al tiempo, la Audiencia Nacional afirmó que era necesario respetar una definición consuetudinaria del genocidio y no encerrar el concepto en el lenguaje limitado de la convención⁶³.

En el Reino Unido la Cámara de los Lores limitó mucho el número de cargos por los que podía ser extraditado el ex dictador. Excluyeron el asesinato extraterritorial (asesinato cometido fuera de España) como delito extraditable y declararon inadmisibles los cargos de toma de rehenes y conspiración para tomar rehenes, aunque en principio eran considerados extraditables en la legislación británica. Lord Millett se apartó de esta fuerte limitación de los cargos, citando la Resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1946, en la que se afirmaron por unanimidad los principios de la Carta del Tribunal de Nuremberg. Lord Millett argumentó que la jurisdicción internacional sobre crímenes de lesa humanidad ya estaba contemplada en el derecho internacional antes de la adopción de la Convención contra la Tortura⁶⁴.

Finalmente, el Ministro del Interior británico rechazó el cargo de genocidio como base para la extradición. Sin embargo, es de destacar que las opiniones del tribunal español confirmando la jurisdicción internacional, sentaron un importante precedente para futuros procesos sobre genocidio⁶⁵.

⁶² *Ibid.*, p. 24

⁶³ *Ibid.*, p. 24

⁶⁴ *Ibid.*, p. 29

⁶⁵ *Ibid.*, p. 25

En octubre de 2005 el Tribunal Constitucional Español dictó una providencia en la cual reconoció la vigencia y la competencia del Poder Judicial de España para conocer sobre crímenes de genocidio cometidos fuera del territorio jurisdiccional español, sin atender a ningún vínculo de conexión entre el crimen y Estado español. Se desestimó expresamente la necesidad de vínculo de personalidad pasiva y el de otros intereses españoles. Pero se mantuvo la necesidad de la presencia del acusado en territorio español para proceder al juzgamiento y la condena, lo cual no obsta para que se adelante la investigación y la acusación y se proceda a la solicitud de extradición. Mas adelante se dará una mirada detallada del caso Pinochet con la justicia española.

C.6 Jurisdicción Universal y crimen de apartheid

El crimen de apartheid fue establecido en 1973 cuando se adoptó la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid. En los artículos IV y V de la Convención se establece la jurisdicción universal para la represión de este tipo de crímenes.

Esta Convención establece la jurisdicción universal sin ambigüedades en el artículo IV literal b, donde dice:

“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan:

b) A adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas.”

De otro lado el artículo V establece y reafirma la jurisdicción de los Estados Partes de la Convención de acuerdo con el nexo de personalidad activa.

“Las personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado

Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción.⁶⁶”

A pesar de la decisión inequívoca tomada en esta Convención de establecer la jurisdicción universal, los comentaristas no han realizado una buena evaluación de la disposición, ni son optimistas sobre la eficacia futura de esta institución en este tipo de crímenes. Luego de la desaparición del régimen de *Apartheid* en Sudáfrica, ninguna persona fue procesada allí de acuerdo con lo establecido en la Convención, así como tampoco ningún Estado ejerció la jurisdicción universal contra ninguno de tales criminales. Hoy se requiere hacer una actualización o modificación de la Convención para que tenga alguna posibilidad de aplicarse en cualquier lugar del mundo a conductas similares al *apartheid* que se vivió en Sudáfrica⁶⁷.

C.7 Jurisdicción Universal y crimen de tortura

La tortura como crimen internacional a nivel convencional fue establecida en la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984. En materia de jurisdicción allí se establece un régimen flexible pero orientado con base en el principio *aut dedere aut judicare* al tiempo que deja abierta la posibilidad para los Estados de establecer y ejercitar la jurisdicción universal.

En efecto, el artículo V de la Convención establece:

“1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

- a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

⁶⁶ “Convención Internacional sobre la Representación y Castigo del Crimen de Apartheid”. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 3068 (XXVIII) del 30 de Noviembre de 1973. Artículos IV y V.

⁶⁷ Bassiouni. Op. Cit., p. 35.

- b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
- c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”⁶⁸.

Como puede apreciarse se trata de un conjunto de obligaciones jurisdiccionales en el marco de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) con base en algunos de los nexos tradicionales entre el crimen, el criminal, la víctima y el Estado; a saber, el territorio donde se comete el delito, la personalidad activa, la personalidad pasiva, la presencia del criminal dentro del territorio del Estado, siempre y cuando, en este caso, no se conceda la extradición.

Llama la atención la cuidadosa redacción de la Convención, como una concesión a situaciones propias de la política internacional, cuando se refiere a la personalidad pasiva, es decir, cuando la víctima es nacional del Estado que podría ejercer la jurisdicción. En este caso la Convención se apresura a aclarar que en dichos casos se ejercerá la jurisdicción si el Estado lo considera apropiado.

De otro lado, el mismo artículo en su numeral tercero, abre las posibilidades para que el Estado considere la posibilidad de establecer la jurisdicción universal sobre esta clase de crímenes en su legislación. Se trata de una redacción limitada pero importante, en

⁶⁸ “Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984.

el camino de establecer la jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales *jus cogens* por vía convencional. Es una referencia implícita a la jurisdicción universal.

Por su parte el Artículo 7, establecer en algunos de sus apartes:

“1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

2. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave (...)”

Aquí se reitera la obligación de extraditar o juzgar cuando el presunto criminal se encuentra en el territorio del Estado. Dado que los crímenes a los que se refiere esta Convención constituyen graves violaciones a los derechos humanos, en aquellos casos en los cuales el Estado opta por juzgar por sí mismo al presunto responsable, debe darle tratamiento de delito grave. Si el Estado opta por juzgar, y se trata de hechos no cometidos en su territorio, se estaría ejercitando jurisdicción universal sobre el caso.

C.7.1 El caso España vs. Pinochet, y el delito de tortura

La investigación, orden de detención, arresto y solicitud de extradición al Reino Unido por parte de la justicia española sobre el ex -dictador chileno Augusto Pinochet⁶⁹, ha sido un caso de enorme relevancia para el derecho internacional, y marcó nuevos rumbos, todavía inconclusos, sobre el futuro de la jurisdicción universal.

Esta investigación española se inició con una querrela criminal presentada a título privado en julio de 1996 por el asesinato o desaparición en Chile de siete ciudadanos españoles. Esta acusación limitada fue ampliada mediante un auto de procesamiento masivo por el genocidio, el asesinato y la tortura de miles de ciudadanos chilenos, tanto dentro como fuera de las fronteras de Chile, cometidos durante todo el período del gobierno de Pinochet. En 1998 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmó por unanimidad que España estaba facultada para investigar los crímenes de genocidio, terrorismo y tortura

⁶⁹ Human Right Watch. Op.Cit., p. 4-22.

cometidos por miembros de los gobiernos militares de Chile y Argentina. La Sala confirmó que podía ejercer la jurisdicción universal para juzgar a un ciudadano de otro país por delitos cometidos contra ciudadanos de otro país fuera del territorio nacional español. En ese entonces, las reglas jurisdiccionales de la legislación española no estipulaban el establecimiento de la jurisdicción basado en la nacionalidad de la víctima, sobre la cual se había basado la querrela criminal original. Tal decisión de la Sala permitió la ampliación de los cargos a delitos contra ciudadanos de Argentina y Chile, sucedidos en sus territorios como en otras partes del mundo⁷⁰.

Más tarde la justicia del Reino Unido, de acuerdo con su ley de extradición, restringió el caso únicamente al crimen de tortura. Los casos fueron limitados al último año del gobierno de Pinochet, es decir, posteriores a diciembre de 1988, cuando las disposiciones de la Convención contra la Tortura entraron en vigor para los tres países. Sin embargo, también se aceptó la "conspiración para torturar" como delito sujeto a extradición, que por tratarse de un delito continuado lo cual significa que los casos examinados podrían extenderse a conductas anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la Convención. El eje del debate se concentró en el delito de tortura y la interpretación de las disposiciones sobre extraterritorialidad de la Convención contra la Tortura⁷¹.

En el transcurso de las distintas instancias, una primera decisión de la Cámara de los Lores hizo una defensa inequívoca de la responsabilidad internacional. En cambio una segunda decisión resultó confusa y difícil de interpretar. Por último, más allá del entendimiento de la Convención contra la Tortura y la jurisdicción universal, pueden destacarse algunos resultados positivos. De un lado, la doctrina de inmunidad soberana, obstáculo relevante de la responsabilidad penal internacional, fue derrotada en dos vistas. Del otro, el asunto de la jurisdicción extraterritorial había sido sometido a un análisis exhaustivo y analítico. La extraterritorialidad salió fortalecida, y con referencia específica a la Convención contra la Tortura, también se fortaleció⁷².

En opinión del profesor Bassiouni, en la solicitud de extradición del General Pinochet de la justicia española al Reino Unido, se debatió la aplicación de un tratado bilateral entre los dos Estados y la aplicación de la Convención contra la Tortura de la cual

⁷⁰ Ibid., pp. 4-22.

⁷¹ Ibid., pp. 25-30

⁷² Ibid., pp. 25-30

ambos Estados son partes. España fundó su solicitud en la personalidad pasiva, ya que algunos nacionales españoles habían sido torturados. Por lo tanto, el caso Pinochet no postuló en el concepto de jurisdicción universal en sentido estricto, y al resolverse la solicitud de extradición por el crimen de tortura, los jueces del Reino Unido no se fundaron en la jurisdicción universal por este crimen, a pesar de que dicha Convención permite la jurisdicción universal en forma implícita como ya lo vimos⁷³.

La causa abierta por España sobre genocidio, torturas y terrorismo en Argentina y Chile, resultó concomitante con varias causas adelantadas en tribunales nacionales de diferentes países. El gobierno suizo remitió al Reino Unido una solicitud de extradición por un proceso tramitado en Suiza sobre el caso de una persona de nacionalidad chilena y suiza secuestrada en Buenos Aires (Argentina) por miembros de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) chilena y "desaparecida" tras su traslado a Chile. Por su parte, el gobierno francés presentó una solicitud de extradición en relación con casos de ciudadanos franceses que "desaparecieron" o fueron víctimas de homicidios en Chile. Y en los tribunales nacionales de Bélgica, Estados Unidos, Italia, Luxemburgo, Noruega y Suecia también se iniciaron procesos⁷⁴.

C.8 Otros crímenes de derecho internacional y jurisdicción universal

Para un conjunto de crímenes internacionales que no han sido elevados a la categoría de *jus cogens*, sus respectivas convenciones consagran explícita o implícitamente la jurisdicción universal. Aunque no tienen relevancia para el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional, vale la pena dejarlos mencionados, por indicar una tendencia dentro del derecho penal internacional⁷⁵. Por ejemplo, el Convenio contra el secuestro de Tokio de 1963, no excluye ninguna jurisdicción establecida de acuerdo con las leyes nacionales, de la misma manera el Convenio sobre el secuestro de la Haya de 1970. Además, obliga a juzgar al presunto responsable en caso de encontrarse en

⁷³ Bassiouni. Op. Cit., p. 37.

⁷⁴ Amnistía Internacional. "Argentina/Chile: El Gobierno Español debe Colaborar Activamente con la Justicia". En: "Informe", 1998, p. 1. En: www.es.amnesty.org, (visitada agosto 20, 2007).

⁷⁵ Bassiouni. Op. Cit., pp. 37-45

su territorio y no se conceda su extradición. De igual manera los convenios sobre el secuestro de Montreal de 1971 y de 1988.

El Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra al Seguridad de la Navegación Marítima de 1988 y el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, establecen la jurisdicción universal de manera explícita. De la igual forma, la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, de 1994.

La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, la establece de manera implícita. La Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, lo hace de igual modo. La Convención de la Haya de 1954 para la Protección de Bienes Culturales, establece la jurisdicción universal cualquiera sea la nacionalidad del presunto autor.

La Convención sobre Materiales Obscenos de 1923, establece que las personas serán juzgadas por los Estados en cuyos territorios se cometió la conducta, o en el Estado del cual es nacional el presunto autor, si allí se encuentra. La Convención Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda de 1929, establece una norma genérica que dice que se respeta la competencia de la jurisdicción penal como cuestión de derecho internacional. En el mismo sentido, la Convención sobre Cables Submarinos de 1884. La Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios de 1989 señala que, si no extraditan a los presuntos responsables, los Estados se obligan a juzgar por hallarse en su territorio.

Por su parte la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas resulta relevante por cuanto se trata de un delito de la competencia de la Corte Penal Internacional. Allí se establece la obligación *aut dedere aut judicare*, como también la jurisdicción universal por implicación al no concederse la extradición y por estar el presunto responsable en su territorio, independientemente de su nacionalidad. La Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 establece, si no concede la extradición, la obligación de juzgar al presunto delincuente que se encuentre en su territorio, sin consideración a la nacionalidad o el territorio donde han tenido lugar los hechos. De la misma manera, como se hace en muchas convenciones, se aprobó una norma general que da legalidad a otras jurisdicciones establecidas en las leyes nacionales.

Como puede apreciarse, en estas convenciones sobre conductas diversas que pueden englobarse dentro de la denominación genérica de terrorismo, como en aquellas relacionadas con el tráfico internacional de drogas, la consagración de la jurisdicción universal y otras formas para forzar el cumplimiento de las obligaciones ha resultado más fácil para los Estados, y además se percibe más voluntad política para reconocer estas figuras en los textos convencionales mencionados. Esto se explica porque este tipo de crímenes son cometidos, normalmente, por grupos pequeños o individuos, y usualmente sin patrocinio del Estado o de personas con autoridad pública. Voluntad política que no ha sido fácil encontrar, para graves crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad, entre otros⁷⁶.

D. OTRAS DECISIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA

Es necesario dar una mirada al conjunto de decisiones jurídicas que se tomaron alrededor del caso Pinochet, el cual generó reacciones políticas a favor y en contra de la llamada jurisdicción universal. Nos referimos a las actuaciones del poder judicial español en este caso, a algunos aspectos de las decisiones tomadas por las autoridades del Reino Unido, y a posteriores decisiones del poder judicial sobre el concepto de jurisdicción universal. Este concepto alcanzó un alto nivel, pero también un punto de tensión clave para su futuro desarrollo. Las decisiones posteriores adoptadas en España en torno a esta jurisdicción resultan paradigmáticas para esta institución del derecho internacional, y puede marcar rumbos en su consolidación o relativización definitiva.

Las tensiones en torno a la aplicación y alcance de la jurisdicción universal fueron externas a cargo de órganos políticos de decisión e internas a cargo de diversos órganos de carácter judicial. Esto se evidencia en las decisiones adoptadas por los jueces de instrucción de la Audiencia Nacional y por la Sala Penal de este mismo Tribunal, en un ambiente de

⁷⁶ *Ibid.*, p. 44.

contradicción con las posturas de la Fiscalía de la Audiencia y de la Fiscalía General del Estado⁷⁷.

Algunas de las decisiones más relevantes de la Audiencia Nacional sobre jurisdicción universal fueron: en 1997 se dictó la orden de detención contra el General argentino Leopoldo Galtieri, último representante de la junta militar y quien provocó la guerra de las Malvinas; en 1998 denominó a los enfermos de sida como un grupo nacional; más tarde solicitó la extradición desde México del ex militar argentino Miguel Cavallo por crímenes de lesa humanidad; en el año 2000 se abrió la instrucción por genocidio cometido en Guatemala; en 2005 se condenó a 640 años de prisión por crímenes de lesa humanidad al ex militar argentino Scilingo; y en enero de 2006 se admitió la querrela del Tíbet contra dirigentes chinos.

Al margen del destino final de cada uno de esos procesos, la sola expedición de estas decisiones habla de una voluntad en materia de política criminal sin precedentes por parte de un Estado para hacer efectivas los valores y normas del derecho internacional en materia de protección a los derechos humanos y sanción a los responsables de las violaciones.

D.1 Sentencia del Tribunal Supremo del 25 de febrero de 2003

En febrero 25 de 2003, El Tribunal Supremo revisa en casación un auto del Pleno de la Sala Penal, que a su vez decidía una apelación de un auto de uno de los jueces de instrucción. El Tribunal Supremo en una apretada decisión, con un voto de diferencia, acordó rechazar la competencia de los tribunales españoles para conocer el genocidio contra los indios mayas en Guatemala sucedido entre 1962 y 1996. Decisión adoptada con fundamento en el principio de subsidiariedad por el cual se entiende que la valoración de la inactividad real o aparente de los tribunales de un tercer Estado en la prevención y sanción del delito de genocidio no corresponde a los jueces y tribunales españoles sino al Gobierno de España de conformidad con las normas constitucionales que radican la función de dirección de las relaciones internacionales. Allí mismo el Tribunal Supremo consideró que

⁷⁷ Peraza Parga, Luis. “La jurisdicción Universal: una Realidad en Constante Construcción”. En: *Revista Dikaion*, Universidad de la Sabana, Colombia, Vol. 15, 2006, pp. 350-360.

se debe dar aplicación al artículo VIII de la convención sobre el genocidio donde se ordena recurrir a los órganos de las Naciones Unidas para que de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas adopten las decisiones de prevención y represión que consideren pertinentes ⁷⁸.

En la misma sentencia el Tribunal supremo al interpretar el alcance de la Ley Orgánica del Poder Judicial, examina las disposiciones del artículo VI de la convención contra el genocidio, y concluye que allí no se establece ni prohíbe la jurisdicción universal para este tipo de crímenes, y que se requiere en todo caso “un punto de conexión” que legitime la extensión extraterritorial de la jurisdicción. Tal conexión sería que el presunto responsable se encuentre en territorio español, que se haya negado su extradición, o que el genocidio hubiera ocurrido contra nacionales españoles. Conexiones que no se dan en el caso guatemalteco, de acuerdo con esta decisión del Tribunal Supremo ⁷⁹.

Allí mismo se autorizó la investigación de la tortura y el asesinato de ciudadanos españoles en dicho país presumiblemente a manos de ejército guatemalteco en aplicación de la Convención contra la Tortura e interpretación de la Ley Orgánica referida de acuerdo con el principio de la personalidad pasiva. Tal decisión del Tribunal Supremo desató un recurso interpuesto sobre una decisión anterior en la Audiencia Nacional, en la cual se rechazaba la competencia para conocer tanto el genocidio, como el asesinato de los españoles, bajo el argumento de la capacidad de Guatemala para procesar a los presuntos responsables.

Vale la pena reseñar algunos de los argumentos de los magistrados disidentes en esta decisión en el seno del Tribunal Supremo. Según su interpretación no aceptada, ni la Ley Orgánica ni la convención contra el genocidio establezcan el principio de personalidad pasiva, sino el principio de concurrencia de jurisdicciones para evitar la impunidad, y ante los indicios serios y razonables de inactividad de las autoridades judiciales territoriales deben actuar los tribunales españoles de conformidad con la jurisdicción universal. Inactividad que se presentaba en Guatemala de acuerdo con el criterio de estos magistrados. De otro lado, se apartan del criterio mayoritario que reclama algún “punto de conexión” por

⁷⁸ Ferrer Lloret, Jaume. “Alcance y límite del principio de jurisdicción universal en la jurisprudencia española más reciente” en Huesa Vinaixa, Rosario. (Coord). “Derechos humanos, responsabilidad internacional, y seguridad colectiva. Intersección de sistemas (Estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana). Madrid. Marcial Pons. 2008. Pp. 194 y ss.

⁷⁹ *Ibid.*, 197.

cuanto ello no se encuentra previsto en la Ley Orgánica, pero propugnan por un uso de tales criterios como una autorrestricción razonable para evitar la proliferación de procesos sobre situaciones extrañas y alejadas, pero sin derogar en la práctica el principio de la jurisdicción universal.

D.2 Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de septiembre de 2005

Esta decisión del Tribunal Supremo, fue objeto de examen por parte del Tribunal Constitucional de España al resolver recursos de amparo contra la mencionada Sentencia del 25 de febrero de 2003. El 26 de septiembre de 2005 el Tribunal Constitucional dictó una providencia en la cual reconoció la vigencia y la competencia del Poder Judicial de España para conocer sobre crímenes de genocidio cometidos fuera del territorio jurisdiccional español, sin atender a ningún vínculo de conexión entre el crimen y Estado español. Se desestimó expresamente la necesidad de vínculo de personalidad pasiva y el de otros intereses españoles, porque además desfiguraría la noción de genocidio y de jurisdicción universal al pretender proteger solamente a los nacionales españoles. Pero se mantuvo la necesidad de la presencia del acusado en territorio español, para proceder al juzgamiento y la condena, lo cual no obsta para que se adelante la investigación y la acusación y se proceda a la solicitud de extradición⁸⁰. Tal decisión marcó un hito en la consolidación de la figura de la jurisdicción universal en España y en el mundo.

El debate se mantiene, muchos comentaristas han señalado que no es posible concebir una jurisdicción universal sin limitaciones, y que por lo tanto razones político-criminales como procesales recomiendan el *locus delicti*, o el apego a criterios que relacionen el delito con el Estado como un elemento clásico del derecho internacional penal⁸¹. Criterios que deben dar razonabilidad al uso de esta figura como puede apreciarse en el conjunto de decisiones adoptadas por diversos órganos judiciales en España y las

⁸⁰ Peraza. Op. Cit., p. 357.

⁸¹ Salinas Burgos, Hernán. “El Principio de Jurisdicción Internacional: ¿Lex Lata o Lex Desiderata?”. En: *Revista Chilena de Derecho*. [online]. abr. 2007, vol.34, no.1, p.107-134. En: www.scielo.cl (visitada 28 de agosto de 2007).

modificaciones a las legislaciones de varios Estados, según el parecer de esta corriente de la doctrina.

D.3 Acuerdo del Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional

El Pleno de la Sala Penal emitió en noviembre del 2005, un Acuerdo sobre la interpretación de la decisión del Tribunal Constitucional sobre el ejercicio de la jurisdicción universal en los tribunales penales españoles⁸². En dicho documento los máximos jueces en lo penal de España, dispusieron que para el ejercicio de la jurisdicción universal, se requiere la concurrencia de requisitos de orden jurídico interno. No basta la noticia de la comisión de los graves crímenes, a los que hace referencia el artículo 23.4 de la LOPJ, para proceder al inicio de investigaciones. A ningún Estado le corresponde unilateralmente estabilizar el orden interno de otros Estados mediante la acción de su jurisdicción penal, dispone la Sala Penal.

En dicho Acuerdo se estableció que se deben atender criterios de jurisdicciones concurrentes prioritarias, se debe respeto al *ne bis in idem* y evitar la duplicidad de procedimientos. Para lo cual antes de admitirse el trámite de una denuncia deberá verificarse la no existencia tanto de actuaciones en curso en el Estado en cuyo territorio sucedieron los hechos, como de actuaciones en cortes internacionales puestas en acción mediante facultades de las Naciones Unidas. Tal verificación o las pruebas aportadas por los denunciados, deben dar cuenta de una falta de voluntad o de capacidad para perseguir los crímenes por parte del Estado del lugar de la comisión. Es de subrayar como los Magistrados españoles recurren a las categorías jurídicas establecidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional para evaluar la actuación de los otros Estados con jurisdicción sobre el caso, dando prioridad al Estado con competencia territorial primaria.

Verificados los anteriores elementos, la Audiencia Nacional estableció además un criterio de razonabilidad para la aceptación de la jurisdicción. Ésta se descarta cuando se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta extrañeza del asunto, por tratarse de

⁸² Auto del 3 de noviembre de 2003.

delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y por no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos⁸³.

La Audiencia Nacional había paralizado temporalmente en noviembre del 2005 la causa contra Ricardo Cavallo, hasta tanto se verifique si el procesado no era juzgado en su país por los mismos hechos, y si se solicitaba la extradición del mismo, dada la derogación de las leyes de Punto Final y obediencia Debida en Argentina. Finalmente, el 20 de diciembre de 2006 la Sala Penal de la Audiencia Nacional se declaró incompetente para juzgar a Ricardo Cavallo y pidió a las autoridades argentinas solicitar su extradición⁸⁴.

D.4 Decisiones posteriores del Tribunal Supremo

Resulta pertinente también mencionar alguna de las decisiones del Tribunal Supremo adoptadas con posterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre jurisdicción universal antes referida⁸⁵. El 20 de junio de 2006 el Tribunal Supremo casó un auto de la Audiencia Nacional en el cual se rechazaba la pretensión de detener un alto funcionario del Partido Comunista chino que hacía presencia en Madrid por el caso de los crímenes en contra la secta Fallum Gong. Por lo tanto admite que la apertura del proceso resulta compatible con la legislación española sobre jurisdicción universal.

Para el Tribunal Suprema la presencia del funcionario chino hubiera justificado la actuación de la jurisdicción española por darse el punto de conexión requerido para ello. Con esto insiste en la doctrina del “punto de conexión” descalificada por el Tribunal Constitucional. Al no encontrarse ya los presuntos responsables en el territorio de España, considera el Tribunal Supremo que se ha perdido el objeto de esta decisión.

El Tribunal Supremo entiende que la convención contra el genocidio no consagra el principio de jurisdicción universal como un principio absoluto no limitable por otros principios del derecho internacional, en particular el principio de no intervención.

En esta misma decisión el Tribunal Supremo de manera expresa se aparta de la valoración que el Tribunal Constitucional hace de estado del arte de las legislaciones de otros Estados, en particular la legislación belga y alemana. Al respecto cita la modificación

⁸³ *Ibid.*, pp. 12-13. Citando “Acuerdo del Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional”.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 12-13.

⁸⁵ Ferrer Lloret. *Op.Cit.*, p. 204 y ss.

introducida por la Ley del 23 de abril de 2003, a la que se hará referencia más adelante, como también la reforma a la legislación alemana de 2002 donde se agregan los delitos cometidos fuera del territorio como un nuevo supuesto del principio de oportunidad que ejercita el fiscal⁸⁶.

Otras decisiones sobre jurisdicción universal se encontraban en curso en la Audiencia Nacional. Desde enero de 2006 se había admitido un nuevo caso que involucra a autoridades chinas al ordenar el procesamiento de siete funcionarios chinos por el genocidio en el Tibet. También se había rechazado la querrela contra el Presidente de Cuba, Fidel Castro, denunciado por diversos delitos de derecho internacional, por cuanto el Tribunal Constitucional había admitido que no se pueden procesar jefes de Estado activos, en acato a la sentencia de 2001 del Tribunal Internacional de Justicia en el caso Yerodia.

D.5 Una nueva disposición legal sobre jurisdicción universal

Una nueva norma indirectamente relacionada con la jurisdicción universal aporta un nuevo ingrediente a las dificultades de aplicación a la jurisdicción universal en España, se trata de los numerales 2 y 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional (18 de 2003). Donde se obliga a las autoridades a no iniciar procedimientos en casos de querellas o denuncias por actos cometidos en otros Estados y cuyos presuntos autores no sean españoles, de modo que se oriente a los denunciantes a dirigirse a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Sólo si el Fiscal no da apertura a una investigación o la Corte declara la inadmisibilidad del asunto, los querellantes podrán presentarla de nuevo ante las autoridades competentes en España. Esta norma fue redactada en pleno debate sobre el alcance de la jurisdicción universal en España, y como puede verse el Parlamento optó por una solución que pretende que se traslade la primera posibilidad del asunto a la Corte Penal Internacional, cuando de lo que se trata en el Estatuto de la Corte, de acuerdo con el principio de complementariedad, es dar lugar a la actuación de los Estados en primer término. Se puede dudar de la pervivencia de esta norma en el ordenamiento constitucional español, por cuanto introduce elementos de confusión y retrotrae los avances legislativos y jurisprudenciales mencionados.

⁸⁶ Ferrer Lloret. Op.Cit., p. 206.

Mientras se acaba de decantar el panorama de la jurisdicción universal en España, sin detrimento del reconocimiento del esfuerzo de elaboración y capacidad de decisión de las autoridades de este Estado, resulta importante referir y tener en cuenta la opinión de algunos expertos españoles, por una lado el Profesor Jaume Ferrer considera que los órganos judiciales españoles se han enfrentado con la parquedad de la legislación española en la materia y la complejidad de un ámbito normativo con poca práctica internacional, por lo cual es necesario introducir una reforma que fortalezca una posición llamada de jurisdicción universal territorial, de modo que se establezca siempre el requisito de la presencia del presunto responsable en el territorio y se ejerza siempre con base en el principio de personalidad pasiva, como se ha hecho en otros países⁸⁷.

Por su parte la Profesora Casilda Rueda, de la Universidad de Sevilla señala que esta institución del derecho internacional es la que concentra más tensiones del derecho y de la política internacional. Lo cual lleva a una necesaria dosificación de su uso que permita lograr su aplicación efectiva y creíble, sin menospreciar realidades de la política internacional que imponen una actuación prudente, y sin menospreciar el objetivo último de no impunidad por los más graves crímenes que atentan contra la conciencia y los valores de la Comunidad Internacional. El reto es evitar dos riesgos; por un lado la consolidación de súper-estados que actuarían como los ejecutores del derecho internacional; y por otro lado, el surgimiento de zonas grises, especies de paraísos judiciales, para albergar presuntos responsables de graves crímenes de derecho internacional⁸⁸.

E. UNA MIRADA A LOS DESARROLLOS DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN BÉLGICA

Mediante Ley del 16 de junio de 1993 se estableció en Bélgica la jurisdicción universal con base en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I de 1977. En 1999 tal Ley fue modificada por otra sobre la represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, donde se incluyeron además disposiciones con base en la

⁸⁷ Ferrer Lloret. Op.Cit., p. 211 y ss.

⁸⁸ Peraza Parga. Op.Cit., p. 359. Cita a Casilda Rueda Fernández en la “Boicoteada Consolidación de la Jurisdicción Universal en el Ámbito del Ordenamiento Jurídico Español: el ‘Genocidio Maya’ ante el Tribunal Supremo”.

Convención sobre el Genocidio de 1948 y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Algunos doctrinantes han considerado, sin fundamento, la ampliación de la jurisdicción universal en la mencionada ley de 1999⁸⁹.

En la reforma de 1999 se estableció para las víctimas de delitos tipificados en dicha legislación (genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad) el derecho para que pudieran acceder al juez de instrucción de un tribunal en Bélgica y entablar una demanda, sin requerir vínculo entre el crimen, la víctima o el autor y el Estado Belga. Se permitió, incluso, el juzgamiento *in absentia*.

Muchas críticas se presentaron a tal ampliación de la jurisdicción universal en Bélgica. El Gobierno se pronunció en contra de tal ampliación a través del Ministro de Relaciones Exteriores, Louis Michel, para quien la noble causa que llevó al parlamento a adoptar dicha Ley fue herida por el abuso y la manipulación por razones políticas⁹⁰.

Tales críticas se convirtieron en una decisión legislativa, cuando el Parlamento aprobó la Ley del 23 de abril de 2003, en la cual se reconocen de manera expresa las inmunidades de jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de Relaciones Exteriores activos. Se establecieron filtros para limitar la presentación directa de demandas por delitos sin conexidad con Estado belga; se prohibieron los juicios en ausencia; y se autorizó al Gobierno para remitir los casos a otros países o a la Corte Penal Internacional, con lo cual se acoge y regula la aplicación del principio de la subsidiariedad en detrimento de la jurisdicción universal.

Por las actuaciones de su sistema judicial la jurisdicción universal en Bélgica ha afrontado problemas diplomáticos con la aplicación de la jurisdicción universal por sus tribunales. Se presentaron demandas contra el ex Presidente Bush, el ex Secretario de Defensa Dick Cheney y los ex Generales Norman Schwarzkopf y Collin Powell por su presunta responsabilidad en crímenes internacionales durante la Guerra del Golfo de 1991. Así como contra el General Tommy Franks, comandante en jefe de la coalición liderada por Estados Unidos en la última Guerra de Irak. Con los cambios en la ley sobre jurisdicción universal en 2003, estas demandas fueron archivadas. Igual sucedió con las demandas

⁸⁹ Renaudie, Virgile. “Quelques Réflexions suite à la Lecture de L’arrêt de la CIJ du 14 février 2002”. En: *Revue de l’Actualité Juridique Française*. En www.rajf.org (visitada septiembre 1º, 2007).

⁹⁰ Salinas Burgos. Op. Cit., p. 9. Cita las palabras del Ministro belga.

contra el antiguo primer ministro israelí Ariel Sharon, contra el Presidente Chino Jiang Zemin y contra la empresa de petróleo TotalFinaElf⁹¹.

Mediante la Ley del 5 de agosto de 2003, se limitó la jurisdicción universal en los tribunales belgas. En adelante tal jurisdicción se reserva a aquellos casos en que la víctima del crimen es un nacional belga o la víctima ha residido en Bélgica por lo menos tres años desde la ocurrencia del crimen. También en los casos en que el acusado es belga o tiene su principal residencia en Bélgica, o en los casos en que Bélgica sea requerido por obligaciones contraídas en un tratado a ejercer jurisdicción sobre el crimen. Como resultado de esta reforma, la legislación belga en materia de crímenes internacionales ha restringido de manera notable la figura de la jurisdicción universal, la cual quedó reservada sólo para los crímenes en los cuales se encuentre estipulada en convenios internacionales. Como se mencionó, en los demás casos se reclaman requisitos de conexidad con el Estado Belga.

Importante precedente de uso de las facultades de jurisdicción universal, sin ninguna conexión con el Estado, lo constituyó el intento de procesamiento del Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Congo, Abdoulaye Yerodia Ndombasi, por parte del un juez de primera instancia de Bruselas, quien solicitó al Congo su extradición. Solicitud que motivó al Congo a demandar el caso ante de la Corte Internacional de Justicia de la Haya para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de Bélgica respecto de la Inmunidad oficial de ciertos funcionarios de acuerdo con la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas. La Corte declaró ilegal la orden de detención y no se pronunció sobre la validez de la jurisdicción universal absoluta ejercida por Bélgica. Aún así la Corte dejó abierta la posibilidad de que se dictara otra orden de detención, posibilidad no utilizada por Bélgica.

En todo caso las autoridades belgas decidieron ajustar sus normas internas sobre jurisdicción universal para acoger las inmunidades de jefes de Estado y Ministros en ejercicio de acuerdo con la ley internacional.

De las investigaciones abiertas por la justicia belga, sólo permanece vigente bajo el nuevo marco legal, el caso en contra del ex dictador del Chad, Hissene Habré. En este caso se ha presentado una conexidad con el Estado belga, por cuanto tres de las víctimas

⁹¹ Human Right Watch. "Universal jurisdiction in Europe. The state of the art". Vol. 18, num. 5 (D). Junio 2006. p. 38 y ss. En www.hrw.org. reports. Visitada Marzo 17 de 2008.

demandantes son nacionales de dicho Estado. En 2005 el Gobierno Belga solicitó la extradición de Hissene Habré a Senegal, donde se refugió después del golpe de estado que lo depuso en 1990. El Presidente de Senegal sometió el caso a la Organización Unión Africana, la cual en julio de 2006 dictaminó que Senegal debía procesar a Habré. Por lo tanto, Habré no será extraditado a Bélgica. En enero de 2007, el Ministro de Relaciones Exteriores de Senegal afirmó que Habré no será juzgado antes de tres años. Mientras tanto otro caso cursa en las cortes belgas; el caso Butare Tour sobre las masacres en esta zona de Ruanda.

F. CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN CANADIENSE Y ALEMANA

Vale la pena completar lo ocurrido con la jurisdicción universal en Bélgica con algunos datos de los cambios introducidos a esta figura jurídica en Alemania y Canadá. En este último país se expidió en el 2000 la ley titulada *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, donde se establece la jurisdicción universal de los tribunales canadienses y se deja de lado cualquier inmunidad para los autores de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. La competencia de los tribunales canadienses se ejercerá bajo tres condiciones, de un lado sí en el momento de cometerse los hechos el presunto autor tenía la nacionalidad canadiense o estaba al servicio de la administración civil o del ejército del Canadá, o era nacional o estaba al servicio de un Estado en conflicto armado con Canadá, o la víctima era canadiense o era nacional o estaba al servicio de un Estado aliado de Canadá en un conflicto armado. En principio no se exige la presencia del presunto responsable en territorio canadiense por lo tanto pueden iniciarse las actuaciones y posteriormente solicitarse la extradición. De otro lado, en situaciones en las cuales no se dan los supuestos anteriormente expuestos, si en algún momento un presunto responsable de los delitos objeto de esta Ley se encuentra presente en territorio canadiense, se iniciará su procesamiento. Esta última variante es una típica regulación bajo la modalidad de jurisdicción universal territorial, de acuerdo con los términos usados por el profesor Ferrer⁹².

⁹² Ferrer Lloret. Op.Cit., p. 218

En Alemania se expidió en junio de 2002 el Código de Crímenes Contra el Derecho Internacional, donde se prevé la jurisdicción universal sobre el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra⁹³. Antes el Código Criminal alemán preveía la jurisdicción universal sobre el genocidio y sobre los crímenes internacionales con jurisdicción universal consagrada en tratados que obliguen a Alemania. Por su parte el Código de Procedimiento Criminal deja a la discreción del Fiscal Federal el adelantamiento de la investigación cuando no es posible esperar la presencia del presunto responsable en territorio alemán.

Excepto el crimen de genocidio, antes de 2002 no había ninguna legislación específica que definiera los crímenes internacionales. Por tal razón las querellas presentadas antes de la nueva ley eran procesadas con base de crímenes ordinarios definidos en el Código Criminal Alemán. Varios crímenes internacionales cometidos en la ex-Yugoslavia fueron investigados y procesados por autoridades alemanas en los años 90s, en cambio desde la vigencia de la nueva Ley ninguna querella han sido investigada.

Con base en tales facultades discrecionales han sido archivadas las querellas contra el Secretario de Defensa estadounidense Donald Rumsfeld, el antiguo Presidente chino Jiang Zemin y el antiguo Ministro de Interior de Uzbekistán Zokirjon Almatov.

Antes de 2002 los tribunales alemanes respecto a crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia sostuvieron que la jurisdicción universal se ejercitaba cuando el sospechoso estuviera presente en Alemania o se diera un "eslabón o nexo de legitimación" entre el crimen y el Estado Alemán. Con la nueva Ley estas exigencias desaparecieron, al tiempo que las normas procesales dieron amplia discreción al Fiscal Federal, como ya se mencionó.

G. BALANCE DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Las regulaciones establecidas por los Estados para generar legislaciones internas que permitan el ejercicio de la jurisdicción universal, sin ninguna conexión con el Estado que juzga, son pocas y relativamente recientes. Esto se presenta, tanto con los crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y genocidio, como también respecto a crímenes como la

⁹³ Human Right Watch. P. 63 y ss.

piratería, la esclavitud y las prácticas relacionadas con ella, la tortura y el *apartheid*. Al respecto, el profesor Bassiouni, a diferencia de la opinión de otro sector importante de la doctrina, considera que tales regulaciones en algunos estados son insuficientes para generar una práctica Estatal consistente y constitutiva de derecho consuetudinario. Lo que existe es un pequeño número de leyes nacionales divergentes que pretenden aplicar la jurisdicción universal, sin constituir una práctica estatal con duración, uniformidad, consistencia y generalidad⁹⁴.

Ningún Estado tiene jurisdicción universal para todos los crímenes de *jus cogens* como se ha visto, unos pocos tienen jurisdicción universal en estricto sentido para crímenes específicos como el genocidio, otros tienen una jurisdicción universal con exigencia de nexos para crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. De acuerdo con el estudio a que se hace referencia, las regulaciones existentes permiten aseverar sin duda que la jurisdicción universal existe de manera escasa como regulación en los ordenamientos internos, de igual modo no se da una práctica consistente de los Estados, por cuanto son pocos los casos decididos y los términos de los pocos casos divergen en muchos aspectos.

Pocos Estados consagran la jurisdicción universal, y para la época del balance del Proyecto Princeton, dos solamente la consagraban sin ningún nexo, y sólo cuatro decisiones con base en facultades de jurisdicción universal se habían proferido con o sin nexo. Muchos Estados tienen jurisdicción penal extraterritorial ó basada en algún nexo para delitos *jus cogens* y otros, en la práctica, la tienen dentro del principio *aut dedere aut judicare*.

La jurisdicción extraterritorial la mayoría de las veces se extiende a hechos que involucran a sus nacionales como sujetos activos o pasivos. Otros Estados toman en cuenta algunos intereses nacionales relacionados con el hecho. La mayoría de los Estados exigen la presencia en el territorio para adelantar el proceso.

Esta situación de limitación a la hora de establecer las jurisdicciones en los crímenes *jus cogens*, contrasta con la situación que se presenta con ese otro conjunto de crímenes ya expuestos⁹⁵, que no tienen la categoría de *jus cogens*, en los cuales se estableció con alguna facilidad el concepto de universalidad. Aún así un sector importante de la doctrina considera o consideraba suficiente la práctica existente para elevar la jurisdicción universal

⁹⁴ Bassiouni. Op.Cit., pp. 45-46.

⁹⁵ *Supra*. Nota. 62.

a norma de derecho consuetudinario en los delitos de *jus cogens*. Vale la pena recordar que tal valoración se hizo con anterioridad a las reformas y precisiones normativas diversas que se hicieron en España, Bélgica, Alemania y Canadá en su legislación interna sobre el alcance extraterritorial de su jurisdicción⁹⁶.

Finalmente, dadas las insuficiencias de la jurisdicción universal en sentido estricto y las dificultades para dar aplicación la jurisdicción extraterritorial respecto a los mismos crímenes *jus cogens*, se debe tener en cuenta, de acuerdo con lo ya expuesto, que existe otro tipo de obligación en el derecho internacional que incorpora de otro modo la obligación de juzgar estos graves crímenes internacionales.

En efecto en palabras del mismo estudio “existe una obligación legal incorporada en la máxima *aut dedere aut judicare*, para procesar o extraditar y, cuando corresponda, para castigar a aquellos acusados o condenados por crímenes *jus cogens*. Esta es una obligación inderogable impuesta sobre todos los Estados como consecuencia del carácter de *jus cogens* de estos crímenes. Así, ella es una obligación *erga omnes* que es vinculante aún para Estados que rechazan reconocer dicha obligación”⁹⁷. Todas las normas establecidas por los tribunales internacionales han incorporado la obligación de extraditar o juzgar respecto a los crímenes de *jus cogens*. La obligación de extraditar o juzgar, no significa que se aplique la jurisdicción universal a los crímenes de derecho imperativo, pero cuando no sea efectiva tal obligación como uno de los recursos judiciales disponibles respecto de los crímenes de *jus cogens* se debe invocar la jurisdicción universal y darle aplicación.

En relación con la jurisdicción universal, el Profesor Bassiouni concluye que no hay suficiente práctica internacional para atribuirle carácter de derecho consuetudinario, pero sí para la obligación de *aut dedere aut judicare*, la cual al tiempo es *jus cogens*, sin que ésta última característica se derive de la primera.

Por tanto, con base en la teoría de la necesidad de la acumulación de fuentes, se considera que la jurisdicción universal es por lo menos reconocida con respecto a los crímenes *jus cogens*⁹⁸. Muchos autores respaldan la posición que sostiene que los crímenes de *jus cogens* exigen la aplicación de la jurisdicción universal, cuando resultan ineficaces otros medios para dar aplicación a la obligación de extraditar o juzgar. Por lo tanto cuando

⁹⁶ Ibid., p. 47.

⁹⁷ Ibid., p. 55.

⁹⁸ Ibid., p. 56.

los medios jurisdiccionales disponibles no son efectivos, debe aplicarse la jurisdicción universal⁹⁹. Se hace necesario cerrar ciertas brechas jurisdiccionales para la conservación del orden legal internacional, y éstas se cierran con la jurisdicción universal pero a través, en primer lugar del ejercicio de la obligación de extraditar y juzgar, sin quitarle a la jurisdicción universal su carácter específico.

H. LAS RELACIONES ENTRE LA COMPLEMENTARIEDAD, JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y LA OBLIGACIÓN AUT DEDERE AUT JUDICARE

De acuerdo con lo visto en materia de potestades estatales en relación con los crímenes Internacionales, la obligación *aut dedere aut judicare* representa hoy un marco jurídico más claro y viable para el ejercicio de las jurisdicciones estatales respecto a los crímenes internacionales. Por su parte la jurisdicción universal presenta un escaso desarrollo, menos claridad en sus normas y una tendencia a excluir su vigencia en los ordenamientos internos para dar paso a una jurisdicción extraterritorial que reclama algunos nexos entre el Estado y el crimen y el uso de la obligación de juzgar o extraditar. Aunque como ya se vio la actuación del principio *aut dedere aut judicare* puede conllevar la actuación con base en el principio de jurisdicción universal.

En medio de este panorama se elaboró y aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional con su principio de complementariedad, la relación entre este principio y las potestades estatales aludidas se dan a través de un conjunto de facultades y procedimientos contenidos en el Estatuto. Tales normas, como ya se vio, se encuentran tanto en disposiciones generales de dicho Estatuto, como en normas particulares que desarrollan facultades de los Estados dentro de las diligencias preliminares de la Fiscalía de la Corte, así como en las decisiones de inadmisibilidad de una situación o un asunto puesto a consideración de la Corte.

El punto central de la relación entre el principio de complementariedad y las potestades jurisdiccionales de los Estados, se da en la decisión de admisibilidad de un asunto o situación en la cual la Corte evalúa como insatisfactoria el desempeño de tales

⁹⁹ *Ibid.*, p. 57.

jurisdicciones por falta de voluntad o falta de capacidad a la hora de investigar, juzgar y sancionar los graves crímenes de competencia de la Corte.

La relación entre el principio de complementariedad y las jurisdicciones estatales manifestadas en el ejercicio de la obligación de extraditar o juzgar y de la jurisdicción universal, se da a través de los propósitos centrales expresado en los principios y finalidades generales de la Corte expresados en el Preámbulo del Estatuto. Talas propósitos coinciden con los propósitos de eficaz administración de justicia para ciertos crímenes a los que hacer referencia el principio que establece la obligación de extraditar o juzgar y el principio de jurisdicción universal.

Tales propósitos quedaron expuestos en el Preámbulo del Estatuto, ante el desafío de la impunidad sobre los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional, los cuales “no deben quedar sin castigo”. Por lo cual hay que tomar “medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional” (Preámbulo, parr. 4º.) Se entiende que se alude aquí al principio *aut dedere aut judicare*, como obligación internacional del Estado de carácter intermedio, como también a la obligación primaria de los Estados de juzgar y sancionar los actos cometidos en su territorio y por sus nacionales.

De la misma manera allí mismo se recuerda que con el mismo propósito “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” (Preámbulo, parr. 6). Se entiende que aquí se alude a la jurisdicción universal como una obligación de un nivel distinto al anterior, precisamente por tratarse de una institución en la que las jurisdicciones también actúan a nombre de la comunidad internacional.

En medio de este conjunto de disposiciones y dispositivos internacionales para superación de la impunidad se establece la Corte y su jurisdicción complementaria. En efecto allí se dice “Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional (...)” (Preámbulo, parr. 9). La cual “será complementaria de las jurisdicciones nacionales” (Preámbulo, parr. 10).

Se establece la jurisdicción complementaria de la Corte como un nuevo nivel dentro de los mecanismos contra la impunidad, y como un dispositivo diverso de actuación de la comunidad internacional. Mediante la actuación de todas estas estructuras,

complementarias, concurrentes, superpuestas o sucesivas, los Estados se declaran decididos a poner fin a la impunidad y a contribuir de esta manera a la prevención de esos graves crímenes (Preámbulo parr. 5°).

Bajo una mirada de estos dispositivos como parte de una política criminal, algunos especialistas han calificado el principio de complementariedad como una válvula de seguridad que permite la racionalización y la mejor eficacia de la jurisdicción universal y de la obligación de extraditar o juzgar. Esto por cuanto el principio de complementariedad se erige sobre la base del respeto al principio de la soberanía del los Estados, que sigue siendo central en el derecho y en la política internacional, a pesar de su relativización ante ciertas realidades de la política internacional. Del principio de soberanía y su acogida en el Estatuto de la Corte se deriva el principio de primacía temporal de la acción de los Estados en materia penal sobre los graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional¹⁰⁰.

Para este mismo autor, el principio de complementariedad no debe sobreestimarse ni subestimarse. La jurisdicción de la Corte no está en capacidad de suplir los diversos esfuerzos que debe realizar la comunidad internacional para prevenir y sancionar los graves crímenes de competencia de la Corte. Se puede esperar que la Corte Penal Internacional en pleno funcionamiento estimule el desarrollo y aplicación de la jurisdicción universal y el ejercicio de las jurisdicciones nacionales con base en títulos de competencia propios. La Corte Penal Internacional como jurisdicción de última *ratio* constituye una herramienta, si se quiere, excepcional que la comunidad internacional y los propios estados pueden poner en acción cuando la omisión de los estados o su falta de capacidad para juzgar y sancionar los graves crímenes se convierta en una situación relevante e inaceptable en la política internacional. En esta medida el ejercicio de la jurisdicción complementaria de la Corte se encuentra necesaria inscrita y condicionada por situaciones políticas y diplomáticas.

Otra perspectiva de análisis del principio de complementariedad lo muestra como un mecanismo de cooperación para superar la impunidad que funciona en forma bidireccional por cuanto ha sucedido que varias situaciones han sido remitidas por los mismos estados para que la Corte considere su admisión. Tal remisión se ha dado pro cuanto reconocen su propia incapacidad para enjuiciar a los presuntos responsables. Tal como sucedió en el año

¹⁰⁰ Philippe. Op.cit., p. 16 y ss.

2005 con la remisión de situaciones por parte de la República Democrática del Congo, Uganda, y República Centroafricana. En todos los casos el Fiscal no dio inicio a los procesos.

CAPÍTULO II

ORIGEN Y CONTENIDO DEL MARCO JURIDICO PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

A. CONSIDERACIONES POLÍTICAS EN EL PROCESO DE ELABORACION DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

A.1 Breve noticia histórica

La creación de una Corte Internacional de Justicia en materia penal que pudiera investigar y juzgar a los individuos responsables de crímenes de trascendencia internacional ha constituido una vieja aspiración de algunos estados y de grupos de Estados en diversos períodos de la historia. Sería objeto de otro tipo de Estudio encontrar las conexiones temáticas o históricas que puedan darse entre tales propuestas producidas a lo largo de diversos períodos.

Algunos promotores de la Corte Penal internacional han hablado del largo “Camino a Roma” y datan antecedentes que contribuyeron a este propósito a lo largo de un siglo. Se indica como un antecedente que marca un hito con consecuencias en la historia posterior la propuesta de Gustav Moynier de 1872, fundador con otros del Comité Internacional de la Cruz Roja, quién propuso la creación de una corte permanente en respuesta a los crímenes de la guerra Franco-Prusiana. Se señal como segundo antecedente, con peso en los acontecimiento posteriores, el Tratado de Versalles firmado al finalizar la Primera Guerra Mundial en 1919. Allí se concibió una corte internacional ad-hoc para juzgar al Kaiser y a los criminales de guerra alemanes. Corte y juicios que nunca se llevaron a cabo.

Después de la II Guerra Mundial, se dieron una sucesión de acontecimientos entre los cuales puede encontrarse soluciones de continuidad con la creación de la Corte Penal Internacional de 1998. Al terminar la guerra los aliados establecieron los tribunales de Nuremberg y Tokio para juzgar a los criminales de guerra de las potencias del Eje. Las diversas violencias ejercidas durante la guerra, sobre todo el holocausto, renovaron la conciencia en muchos estados para la creación de una institución internacional capaz de

juzgar a los individuos responsables de los crímenes más graves. La creación de las Naciones Unidas se vio como un paso adelante para la creación de una Corte Penal Internacional, sin embargo las tensiones propias de la Guerra Fría hicieron posponer el proyecto por más de 40 años.

Con la adopción de la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio en el seno de las Naciones Unidas en 1948, donde se llama a juzgar a los criminales “por los tribunales penales internacionales que tengan jurisdicción”, se revive en la agenda pública internacional la creación de una Corte Penal Internacional. En esta misma dirección las Naciones Unidas invitó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) a “estudiar la posibilidad de establecer un órgano judicial internacional para juzgar a las personas acusadas de genocidio.” La CDI elaboró un borrador del estatuto a principios de 1950, cuyo estudio y aprobación se pospuso una y otra vez, hasta tanto no se acordara una definición del Crimen de Agresión y del Código de Crímenes contra la humanidad.

En 1989 en el contexto de la preocupación internacional por el tráfico de drogas y ya casi al final de la Guerra Fría se revivió la propuesta del establecimiento de una Corte Penal Internacional. Se le solicitó a la CDI a retomar su trabajo de elaborar un estatuto de esta corte. Los conflictos en los territorios de la ex Yugoslavia y Ruanda a principios de los años 90s, donde se cometieron de manera masiva crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, impulso al Consejo de Seguridad de la ONU a establecer dos tribunales *ad hoc* temporales para juzgar a los individuos responsables. Con lo cual se puso de manifiesto, una vez más, la necesidad de establecer una corte penal internacional permanente para dar respuesta a situaciones como esas. Los trabajos iniciados en este período concluyeron con la aprobación del Estatuto de Roma en 1998 y con la creación de la Corte Penal Internacional.

A.2 La complementariedad de la Corte, concesión a la soberanía de los Estado

El objetivo político central de la creación de la Corte Penal Internacional es dotar a la comunidad internacional de un mecanismo permanente y efectivo para prevenir y sancionar los graves crímenes del derecho penal internacional. La necesidad de un

instrumento de esta naturaleza fue manifestada de muchas maneras a lo largo del siglo XX¹⁰¹, e incluso antes, como ya se dijo.

El surgimiento de una Corte Penal Internacional debía darse en medio dos fuertes dinanismos de la política internacional, de un lado la necesidad de los Estados de preservar sus potestades en materia penal y de otro lado el desarrollo de organismos internacionales que permitan la adopción de medidas a nombre de la comunidad internacional que hagan efectiva los valores, principios y normas que inspiran dicha comunidad.

Estos propósitos se encuentran presentes en el Preámbulo del Estatuto, texto normativo que constituye la declaración política central y el texto normativo más general que orienta el surgimiento y actuación de la Corte como un nuevo organismo internacional. En efecto allí se expresa que su objeto de poner fin a la impunidad (Parr. 5) requiere la adopción de medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para que los responsables de los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia (Parr. 4).

Además de las medidas en el plano nacional, se alude a otras que puedan ejercer las jurisdicciones de los Estados a nombre de la Comunidad Internacional. Es así como el Preámbulo dice “que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” (Parr. 6). Se trata, como ya se dijo, de la posibilidad de desarrollar y ejercitar la jurisdicción universal sobre los crímenes de trascendencia internacional, sin necesidad de ningún vínculo entre el Estado que actúa y el delito. A pesar del poco desarrollo y la crisis que acusa esta figura del derecho internacional, como ya se expuso atrás, resulta importante la mención de este mecanismo como un instrumento que algún momento puede retomar mayor vigencia y utilización, y por lo tanto tenidas en cuenta a hora de activar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La Corte, con su jurisdicción complementaria, es un nuevo instrumento y mecanismo de un nivel especial, creado para favorecer la consecución de aquel objetivo de la comunidad internacional. En efecto, la jurisdicción complementaria, así definida en el Preámbulo y en el artículo 1º del Estatuto de la Corte, inaugura el surgimiento de un

¹⁰¹ Bassiouni, Cherif. “La Jurisdicción Penal Internacional”. En *Verdad, Justicia y Reparación: Corte Penal Internacional*. Vicepresidencia de la República. 2002, pp. 13-25.

organismo internacional de carácter jurisdiccional, de una Corte Penal de carácter permanente y de origen convencional. Se trata de un dispositivo nuevo, especial e inédito de actuación de la comunidad internacional para combatir la impunidad.

La comunidad internacional y los Estados, con la Corte y los demás mecanismos nacionales e internacionales, se proponen alcanzar el mencionado propósito de poner fin a la impunidad y lograr el castigo de los responsables de los graves crímenes. Mediante la actuación de un conjunto de estructuras, complementarias, concurrentes, superpuestas o sucesivas. Los Estados Partes de la Corte se declaran decididos a poner fin a la impunidad y a contribuir de esta manera a la prevención de esos graves crímenes (Parr. 5).

Las normas que desarrollan el principio de complementariedad en el Estatuto, establecen una verdadera “red de seguridad” mediante la cual se hace seguimiento, se vigila, y evalúa el ejercicio de la jurisdicción por parte de los Estados sobre los graves crímenes de derecho internacional. El Estatuto de la Corte supone la libertad de los Estados para ejercer su jurisdicción, pero deja a la Corte la decisión sobre la satisfacción que dichos procesos brinde a los propósitos del derecho penal internacional. Algunos tratadistas han visto en las facultades de la Corte el papel de un árbitro¹⁰².

Como se ha señalado, la jurisdicción universal ha sido una institución ineficaz para garantizar unos niveles adecuados de justicia en los graves crímenes de trascendencia internacional. Los casos en los cuales se ha dado decisiones judiciales son importantes, pero son escasos¹⁰³. Además, pocos Estados han cumplido con sus obligaciones internacionales sobre la adopción de medidas legislativas internas para hacerlas compatibles con el derecho internacional penal, incluso con el derecho internacional de los derechos humanos. Los Estados que han avanzado en esta tarea no lo han hecho para todos los crímenes consagrados en el derecho penal internacional, ni siquiera para el núcleo de crímenes de *jus cogens*. Lo cual resulta indispensable porque las normas penales internacionales no son ejecutables de manera directa en el derecho interno de los Estados.

La noción de jurisdicción complementaria es nueva en el derecho internacional y ha derivado del desarrollo y papel que han asumido las organizaciones internacionales. Lo

¹⁰² Xavier. Op. cit., p. 8. Se menciona a John T. Holmes.

¹⁰³ Alcaide Fernández, Joaquín Alcaide Fernández, Joaquín".La Complementariedad de la CPI y de los Tribunales Nacionales: "Tiempos de 'Ingeniería Jurisdiccional' ". En: Carrillo Salcedo, Juan Antonio (Coord.). Criminalización de la Barbarie. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 16 (mimeo)

cual ha supuesto una redistribución de responsabilidades y tareas entre los Estados y la comunidad internacional. La tendencia predominante, favorece la jurisdicción concurrente en vez de la complementaria¹⁰⁴. Se ha puntualizado que el principio de complementariedad, en una de sus versiones posibles, se encontraba en los estatutos de los tribunales *ad hoc*, ya que se otorgó a los tribunales nacionales e internacionales jurisdicción concurrente, y en caso de litigio se otorgó primacía a esos tribunales internacionales. Sin embargo, el Estatuto de Roma simboliza su adopción, y la versión de la complementariedad, allí plasmada, fue reformulada en beneficio de la soberanía de los Estados.

En síntesis, el Estatuto de Roma recoge años de trabajo y esfuerzos políticos de sectores importantes de la comunidad internacional para avanzar en la creación de mecanismos que permitan una actuación con mayor eficacia contra la impunidad equilibrando tensiones propias de la política internacional. La creación de la Corte, significa un paso adelante en el surgimiento de nuevos mecanismos internacionales viables a la hora de su creación, así como en su actuación o ejercicio, sobre todo en una materia, como la jurisdicción penal, que resulta de alta sensibilidad para la política interna e internacional de los Estados. Hace parte de papel de la Corte promover e incentivar la actuación de los Estados y sus jurisdicciones nacionales, los cuales sintieron, en gran medida, amenazada su soberanía en todo el proceso de elaboración del Estatuto

A.3 Proceso de elaboración del principio de complementariedad en el Estatuto de Roma

Como se indicó, el problema político central que debía afrontar el concepto de complementariedad en el proceso de elaboración y aprobación del Estatuto de la Corte, era la percepción de amenaza a la soberanía de los Estados. En un principio, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) propuso tres opciones: un tribunal con jurisdicción exclusiva; un tribunal con jurisdicción concurrente con las jurisdicciones nacionales; y un tribunal con

¹⁰⁴ Solera, Oscar. “Jurisdicción Complementaria y Justicia Penal Internacional”. En: Revista Internacional de la Cruz Roja. No. 845 de 2002. En www.icrc.org. (Visitada Septiembre 27, 2007), p. 5.

competencia de segunda instancia para revisar las decisiones nacionales sobre crímenes internacionales¹⁰⁵.

Más adelante la CDI se propuso, por un lado diseñar un mecanismo que no menoscabara la soberanía de los Estados, y por otro, adoptar uno que no amenazara los esfuerzos en los ámbitos nacionales para expedir legislaciones y poner en acción las jurisdicciones nacionales para castigar los crímenes internacionales, sobre todo mediante el ejercicio de la jurisdicción universal. Se advirtió como el mecanismo de la jurisdicción universal, por bien intencionado que sea, impone una carga a los Estados, que en muchas circunstancias, difícil de cumplir por presiones internas y externas¹⁰⁶.

Para 1994, la CDI introdujo el término complementariedad en el borrador de proyecto de Estatuto elaborado en su 46ª Sesión de Trabajo. En el breve preámbulo propuesto allí se dice: “Enfatizando también que la Corte estará destinada a ser complementaria de los sistemas de justicia criminales nacionales en los casos en los cuales los procesos judiciales pueden no estar disponibles o pueden ser ineficaces”¹⁰⁷. En este documento, la futura Corte fue visualizada a través de seis elementos centrales con los cuales se pretendió encontrar el equilibrio en el conflicto planteado entre el realismo político y los principios jurídicos del derecho internacional. Uno de estos 6 elementos fue la complementariedad, término elegido en vez del de “subsidiariedad” propuesto por los EE. UU., el cual se consideraba engañoso, por entrañar un sistema de jurisdicción otorgada en cada caso¹⁰⁸.

Desde 1994, la Comisión de Derecho Internacional había especificado la necesidad de circunscribir el principio de complementariedad con la introducción de una jurisdicción delimitada y definida, con precisos requisitos de aceptación de la jurisdicción y sus respectivos controles. De la misma manera, se entendió que la jurisdicción de la Corte operaría cuando en los Estados no se dispusiera de un procedimiento de enjuiciamiento, o

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.7. Cita Anuario de la CDI, 1990, Vol. II, parte 2, párr. 130.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.7. Cita Anuario de la CDI, 1992, Vol. II, parte 1, párr. 7.

¹⁰⁷ *Draft Statute for an International Criminal Court*. ILC. En Bassiouni, M. Cherif (Coord). International Criminal Court Compilation of United Nations Documents and Draft ICC Statute Before the Diplomatic Conference. No Peace Without Justice and Others. 1998, p. 722. (trad. Libre).

¹⁰⁸ Crawford, James. "The Work of the International Commission" En: Cassese, Antonio y otros (edit). The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary. Oxford University Press, 2002, vol. 1, pp. 25-26.

éstos no fueran eficaces¹⁰⁹. Llama la atención como desde este momento ya se habían introducido en el proyecto estos elementos que suponen una evaluación sobre el desempeño de las jurisdicciones nacionales, los cuales finalmente se mantuvieron en el Estatuto, con una formulación más precisa, aunque todavía insatisfactoria, como se verá más adelante.

Como se ha indicado, la complementariedad, en el particular diseño que se dio en el Estatuto de Roma, fue la fórmula política que permitió la aprobación de la creación de la Corte Penal Internacional. Sólo cuando la particular configuración de este principio resultó satisfactoria para la mayoría de los Estados, fue posible la aprobación del Estatuto. Este proceso avanzó de manera notable en los trabajos del Comité Especial creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y presentado en el informe del 50º período de sesiones de 1995. Allí se expuso un marco teórico y un concepto de complementariedad que abrió el camino a la convocatoria a la Conferencia Internacional de 1998, donde se aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional¹¹⁰.

A.3.1 La complementariedad en el Informe del Comité Especial de 1995

El marco teórico, así como diversas posturas sobre la complementariedad contenidas en el mencionado informe¹¹¹, hacen referencia a diversos elementos importantes para la configuración de este principio en el futuro Estatuto de la Corte. Se aclara que la Comisión de Derecho Internacional no tenía la intención de reemplazar a los tribunales nacionales mediante la corte propuesta y que por lo tanto el principio de complementariedad era un componente fundamental del establecimiento de una futura corte penal internacional. Se manifestó, además, la necesidad de definir con más precisión dicho principio para comprender plenamente las repercusiones que tendría sobre las disposiciones sustantivas del proyecto.

En el mismo Informe, varias delegaciones encontraron que una definición abstracta de ese principio no tendría utilidad alguna, y que resultaba preferible dar una interpretación común de sus repercusiones prácticas en el funcionamiento de la futura corte penal

¹⁰⁹ Ibid., p. 10.

¹¹⁰ Ibid., p. 12.

¹¹¹ UN. A.G. 50º. Período de Sesiones. Suplemento No. 22 (A/50/22), “Informe del Comité Especial sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional”, pp. 6-8.

internacional. En este sentido, era necesario articular asuntos que guardan relación directa con este principio, como las relativas a la admisibilidad y a la asistencia judicial.

Se enfatizó que el principio de complementariedad debía contener una fuerte presunción en favor de la jurisdicción nacional. La presunción se apoya en las ventajas de los ordenamientos judiciales nacionales para procesar los crímenes de trascendencia para la comunidad internacional, a saber: a) todos los participantes operarían dentro del contexto de un sistema jurídico establecido, con inclusión de los acuerdos bilaterales y multilaterales en vigor; b) el derecho aplicable estaría mejor definido y más desarrollado; c) las actuaciones serían menos complicadas, debido a que estarían apoyadas en precedentes y normas conocidos; d) el procesamiento y la defensa serían, probablemente, menos costosos; e) habría usualmente mayor disponibilidad de pruebas y testigos; f) se reducirían al mínimo los problemas de idiomas; g) los tribunales nacionales aplicarían medios establecidos de obtener pruebas y testimonios, incluida la aplicación de normas relativas al perjurio; y h) las penas estarían definidas con precisión y se podrían hacer cumplir de inmediato.

Se presentaron posturas, relatadas en el Informe, que sostuvieron que no debía crearse una presunción en favor de los tribunales nacionales. Se les reconocería jurisdicción concurrente con la futura corte, pero ésta debía tener siempre primacía. De otro lado se sostuvo la necesidad de mantener el equilibrio del principio de complementariedad, donde es importante no sólo salvaguardar la primacía de la jurisdicción nacional, sino evitar también que la de la corte fuese únicamente residual de la nacional.

Se advirtió la necesidad de examinar la relación del principio de complementariedad con muchas otras materias del proyecto, como la cooperación judicial internacional y la entrega de personas, la extradición, la detención, el encarcelamiento, el reconocimiento de las decisiones y el derecho aplicable.

Un aspecto aparentemente formal hizo parte de las preocupaciones de dicho Informe. Algunas opiniones sostuvieron la necesidad de explicar en detalle el principio de complementariedad en el preámbulo del proyecto de estatuto. A lo cual se respondió que el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados considera que el preámbulo de un tratado hace parte del contexto normativo dentro del cual un tratado se deberá interpretar. Por lo tanto, una declaración sobre la complementariedad en el preámbulo del estatuto constituiría una parte del contexto dentro del cual se debería

interpretar y aplicar el estatuto en su conjunto. El Estatuto en su versión final recoge una declaración general sobre la complementariedad como uno de los principios básicos de la Corte, y dos declaraciones sobre el papel de las jurisdicciones nacionales y la cooperación de los Estados, como ya se vio antes. Los detalles que regulan la activación de la jurisdicción complementaria se encuentran dentro del articulado del Estatuto, en un conjunto complejo de normas que se verán más adelante.

En estos mismos debates se precisó que el establecimiento del principio de complementariedad requería de un sistema jurídico único para todos los crímenes comprendidos en la competencia de la Corte. Sistema que debería tener las características de transparencia y eficacia para garantizar la credibilidad y la aceptabilidad de la Corte. Un sistema jurídico único, sólo era concebible si la competencia de la Corte se reducía a unos cuantos crímenes de gravedad y envergadura notables en el derecho internacional. Lo contrario, exigiría el establecimiento de muchas distinciones e incidencias procesales, que haría muy compleja y difícil la actuación de la Corte.

Sobre los alcances de la "jurisdicción nacional", se aclaró que ésta no se limitaba a la jurisdicción territorial, sino que comprendía también el ejercicio de la jurisdicción por los Estados competentes para ejercerla, de conformidad con los principios y acuerdos en vigor.

Se consideraron varios aspectos sobre las excepciones al ejercicio de la jurisdicción nacional, aspecto central del principio de complementariedad, a saber: a) la índole de las excepciones al ejercicio de la jurisdicción nacional; b) la autoridad competente para adoptar decisiones respecto de esas excepciones; y c) los requisitos de oportunidad. En cuanto a la índole de estas excepciones por las cuales la jurisdicción de la Corte se podría poner en movimiento, el preámbulo del proyecto contenía una disposición que decía que ello ocurriría cuando los "sistemas judiciales nacionales (en materia penal) no existan o no sean eficaces tales procedimientos de enjuiciamiento". Al respecto se reclamó claridad, se indicó que las palabras "no existan" y "no sean eficaces" requerían la definición de contenidos concretos, lo mismo sobre las normas que se aplicarían para determinar si un determinado sistema judicial nacional era "ineficaz".

A pesar de estos presupuestos proyectados para la actuación de la Corte, en el mismo informe se precisa que los criterios formulados por la Comisión no se proponían establecer una jerarquía entre la Corte Penal Internacional y los Tribunales Nacionales, ni

autorizar a la CPI para dictaminar sobre el funcionamiento de los tribunales nacionales en general.

En ese contexto, se expresaron las preocupaciones sobre el cumplimiento del principio *non bis in idem*, al conferírsele a la Corte una especie de función supervisora respecto de los tribunales nacionales, incluso, en el evento de que la competencia de la Corte concurra con la jurisdicción de los tribunales nacionales.

Se especificó que la CPI se ocuparía únicamente de aquellos casos en que no hubiera perspectivas de que los presuntos culpables de delitos graves fueran debidamente enjuiciados por los tribunales nacionales. Dentro del ejercicio de la jurisdicción nacional, se entienden comprendidas aquellas decisiones tales como las de no incoar proceso judicial, absolver, y condenar, las cuales deben ser respetadas, salvo que no estuvieran fundamentadas. Además, la Corte no debería dar curso a una denuncia cuando un Estado estuviera investigando el caso, o cuando ya lo hubiera investigado.

Una de las preocupaciones centrales era sobre disposiciones que pudieran socavar la eficacia de los sistemas judiciales nacionales, como la autorización a los Estados para declinar de manera voluntaria su jurisdicción a favor de la Corte respecto de delitos consagrados en el Estatuto. Una norma parecida quedó consignada en el Estatuto, al permitirse la remisión de casos por los propios Estados Partes y no Partes, incluso de aquellos en cuyo territorio se dan los actos presuntamente delictivos.

Recibido este informe, en 1996 la Asamblea General procedió a nombrar un Comité Preparatorio encargado de analizar de nuevo todo el proyecto de estatuto y los documentos necesarios para la convocatoria de la Conferencia Internacional que daría su aprobación final. En este Comité se analizó en detalle el principio de complementariedad y sus consecuencias en el contenido y los procedimientos incorporados en el proyecto.

Tanto en uno como en otro momento del proceso de elaboración, se volvió a insistir en el carácter excepcional de la Corte, bajo el entendido que en el derecho internacional el poder de control y el derecho penal se consideran una prerrogativa de los Estados. Por consiguiente, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional se instituyó como una excepción a los poderes habituales de los Estados.

Sobre las situaciones excepcionales que permiten la actuación de la Corte, nuevamente el Comité Preparatorio expresó que las expresiones “no existan o no sean

eficaces”, referidas a los procedimientos nacionales, ya habían sido calificadas de poco claras. Se precisó que la Corte intervendría cuando no existieran perspectivas de que los responsables de delitos graves fueran debidamente enjuiciados.

Finalmente, los términos incorporados en el Estatuto fueron “no esté dispuestos a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo” (art. 17.1), los cuales siguen siendo ambiguos y su contenido no será aclarado hasta que la Corte determine los criterios con los cuales se aplicarán. Las especificaciones respecto a estas situaciones que posibilitan la actuación de la Corte, desarrolladas en el Estatuto (arts. 17.2 y 17.3), no contribuyen mucho a restarles ambigüedad a aquellas expresiones, y se refieren de nuevo a situaciones subjetivas¹¹². Más adelante se expondrán en detalle estos apartados del Estatuto, y se adelantará alguna indagación sobre algunos criterios que posiblemente guiarán esas decisiones.

A.4 La complementariedad: entre la eficacia de las normas y los condicionamientos de la política

La jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional una vez puesta en acción depende, en gran medida, del escenario político y diplomático internacional, así como del conjunto de alianzas en la comunidad internacional que den apoyo a su actuación y del marco de relaciones en que se encuentre el Estado afectado con las eventuales decisiones. Tal perspectiva corresponde a una aproximación a la actuación de la Corte desde la política de la realidad (*realpolitik*) más que una visión del deber ser jurídico derivado del marco jurídico imperante en las actuaciones de la Corte. Marco jurídico, que como se verá, da margen de maniobra a la Corte para este tipo de consideraciones de tipo político, bajo las normas que incluyen el principio de oportunidad. Incluso las posibilidades de actuación de la Corte depende de una coalición de potencias que le den sustento, mientras los Estados Unidos y algunos de sus aliados le nieguen cualquier reconocimiento¹¹³.

¹¹² Solera. Op.Cit., p.16.

¹¹³ Eiroa. Pablo D. “La Corte Penal Internacional: Fundamentos y Jurisdicción”. Buenos Aires, Ad-Hoc. 2004, pp., 34 y ss.

De la misma manera, la existencia de la Corte, la vigencia de su competencia y las posibilidades de actuación de la misma, será tenido en cuenta a la hora de resolver conflictos o por lo menos ganar posiciones al interior de los Estados¹¹⁴. Así como, en ocasiones, el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados puede verse dificultada por razones jurídicas o políticas, de la misma manera la actuación de la Corte se verá sometida a condicionamientos políticos de diversa índole. Incluso, la jurisdicción complementaria de la Corte puede constituirse en una fórmula de salida a situaciones políticas conflictivas al interior de los Estados y de alcance internacional en algunas regiones el planeta.

La jurisdicción complementaria de la Corte no se entiende sólo desde uno de los polos comprometidos en su actuación. Ambos polos, la comunidad internacional y los Estados individualmente considerados, incidirán políticamente en las decisiones de admisión de un asunto en la Corte. Por ejemplo los casos que en este momento se procesan en la Corte fueron remitidos por los mismos Estados en medio de complejas situaciones internas y de orden internacional en las regiones y revelaron la imposibilidad para ellos de procesar a los presuntos responsables de graves crímenes internacionales, la mayoría de las veces por incapacidad de su sistema judicial (República Democrática del Congo, Uganda, y República Centroafricana). Excepcionalmente, el caso de Sudán fue remitido por el Consejo de Seguridad, donde el punto de impulso lo da este organismo internacional a nombre de la comunidad internacional.

En muchos otros casos presentados el Fiscal no inició procesos bajo la mirada estricta de los diversos órganos de la Corte y de los Estados interesados en la situación, inhibición que evidencia la bidireccionalidad en el funcionamiento del principio de complementariedad. Dada la necesidad de actuar en contextos políticos que imponen condicionamientos, el principio de complementariedad no puede verse como una solución definitiva al problema de la impunidad, por cuanto su logro pasa por situaciones que van más lejos de la configuración normativa de la jurisdicción complementaria de la Corte.

¹¹⁴ En el caso colombiano la existencia de la Corte, la vigencia de su jurisdicción complementaria ha sido un factor tenido en cuenta tanto por el Gobierno, por la Rama Judicial y por los grupos paramilitares a la hora de decidir realizar un proceso de paz, de las condiciones de dicho proceso, del marco jurídico adoptado para el mismo y de ciertas actitudes de la Rama Judicial para conducir los procesos penales.

El principio de complementariedad cuenta también con el límite de la falta de definición de los crímenes internacionales en los ordenamientos internos. Tal indefinición puede llevar a que no coincidan en su contenido los tipos penales con los elementos del crimen definidos por la Asamblea de Estados Partes de la CPI. La discrepancia puede derivarse, además, de la diferente metodología descriptiva de los tipos penales bajo un sistema de listado propio de los elementos de los crímenes que es un método abierto y una forma particular de construcción de los tipos penales de la cual no participan muchas tradiciones penales de los Estados. También pueden presentarse variaciones a la hora de denominar y configurar los crímenes en los ordenamientos, lo cual puede dar lugar a conflictos.

Los artículos 15, 17 y 19, establecen las condiciones de aplicación del Estatuto, donde se genera un marco riguroso pero al mismo tiempo abierto en ciertas expresiones que deja un margen de discrecionalidad importante en la decisión de la Corte en cuanto a admitir o no un caso. Este margen para seleccionar casos dará cabida a consideraciones con componentes políticos, de acuerdo con lo dicho.

El Fiscal de la Corte cuenta con poderes discrecionales controlados por la Sala de cuestiones preliminares, poder que es discrecional así sus decisiones puedan llegar a otras instancias dentro de la Corte mediante el ejercicio de recursos. Por su parte el Consejo de Seguridad puede remitir casos con base en sus propios criterios de política criminal.

El principio de complementariedad será necesariamente selectivo por los condicionamientos del contexto político, así como por la incapacidad de la Corte para responder a todas las situaciones que le sean presentadas, también por el carácter discrecional de ciertos poderes en la Corte¹¹⁵. Por estas razones también la definición de una política criminal coherente en el tratamiento de todos los asuntos puede dificultarse en el ejercicio de las funciones de la Corte.

Además el principio de complementariedad deberá afrontar las diferencias en los procesos penales y la admisión y valoración de las pruebas dentro de cada sistema. Ciertas situaciones de pura diferencia de valoración y apreciación de las pruebas podrán ser calificadas como falta de disposición de la jurisdicción nacional. En el futuro es posible que

¹¹⁵ Xavier. ob.cit., p. 18.

sea necesario elaborar un sistema común de reglas de procedimiento y prueba comunes para los crímenes de competencia de la Corte y para todos los Estados Parte.

Con relación al derecho aplicable, algunos penalistas han llamado la atención sobre la necesidad de contar con claridad y coincidencia en las reglas dogmáticas a aplicarse en la CPI. Esto supone adoptar criterios asentados y mayoritarios en materia de teoría del delito y en los criterios de la imputación, de modo que no se elabore una jurisprudencia selectiva, donde la complementariedad actúa pero por causa de los criterios dispares en la dogmática penal¹¹⁶.

Las amnistías y las inmunidades, en principio planteadas como situaciones que no conllevan un impedimento para la actuación de la jurisdicción de la Corte, pueden en la práctica presentarse como situaciones intermedias que llevarán a realizar consideraciones y matizaciones de acuerdo con las circunstancias y los contenidos de la medida de amnistía. Por ejemplo, ella puede haberse otorgado mediante un proceso judicial o cuasi-judicial que conlleve verdad, reparación, colaboración con la justicia, sentencia, condena y posterior amnistía o algunos de estos elementos. Otras consideraciones podrán hacerse con relación a las inmunidades, sobre todo para los dignatarios en activo, de acuerdo con la decisión de la Corte Internacional de Justicia de 2001. Es posible que las facultades discrecionales del Fiscal se usen en este sentido, al concluirse que el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia (art. 53.2).

Algunas limitaciones tienen que ver con la diversidad de procedimientos para la entrega de personas y la cooperación, que como se mencionó anteriormente, es un tema íntimamente relacionado con la complementariedad. Sin los marcos jurídicos adecuados para tal cooperación, ni la voluntad política necesaria para proceder a la entrega, la complementariedad se puede convertir en un principio ineficaz. Si bien las normas del Estatuto adoptaron un esquema sencillo, aunque enmarcado dentro de las vías diplomáticas, para el relacionamiento de la Corte con los Estados en materia de cooperación, puede suceder que dichas relación se torne compleja por intereses políticos y que se practique un estilo tradicional de relacionamiento, con tiempos, papeles y trámites complejos.

¹¹⁶ Lombana Villalba, Jaime. “El principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional”. En: Mingarro, Luis y otros (Edit.). *Iberoamérica y la Corte Penal Internacional: Debates, Reflexiones y Preguntas*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 105.

Tanto el enjuiciamiento interno de los crímenes internacionales, como una adecuada relación de cooperación, requieren de unas estructuras estatales en funcionamiento en el territorio donde se dieron los hechos y de donde deben provenir las pruebas. Si las situaciones objeto de investigaciones de la Corte, se adelantan en países afectados por conflictos armados, es posible esperar sistemas de administración de justicia afectados o colapsados, y en general estructuras estatales deficientes que dificultarán las actuaciones de la Corte. La Corte Penal Internacional no podrá compensar las deficiencias de los Estados y de la comunidad internacional¹¹⁷.

Dificultades de distinto orden se presentarán cuando se trate de procesar a altos dignatarios de los Estados, así mismo si se pretende procesar a un número grande de criminales de menor rango en el marco de desarrollo de conflictos, o al finalizar éstos. Ya se mencionó la determinación de la Corte, como parte de su política criminal, de dar prioridad al procesamiento a personas de rango alto cuando se trata de estructuras organizadas¹¹⁸.

En suma convertirse en un Estado Parte del la Corte Penal Internacional, firmar un acuerdo de inmunidades en el marco del artículo 98 del Estatuto, y/o colaborar con la Corte, son decisiones adoptadas en el marco de las relaciones económicas y políticas internacionales, y dentro de ellas se sigue desarrollando este mecanismo de justicia internacional. El contexto político-económico incide en el funcionamiento de la Corte y su principio de complementariedad y necesariamente lo condiciona en sus posibilidades de funcionamiento. Este asunto es propio de un examen y reflexión dentro del campo de la ciencia de las relaciones internacionales.

¹¹⁷ Xavier. Op. Cit., p. 22.

¹¹⁸ UN. "Primer informe a la Asamblea General" (doc. A.60/177).

B. EI PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN EL ESTATUTO DE LA CORTE

B.1 El mapa de la complementariedad

La tensión política entre la jurisdicción de la Corte y las potestades de las jurisdicciones nacionales, se manifiesta en el Estatuto mediante un conjunto de normas y mecanismos procesales específicos, pero también en la adecuada comprensión de normas que en principio no se encuentran en relación directa con el principio de complementariedad. Es necesario precisar dichas normas y momentos procesales en los cuales se juega tal tensión entre la jurisdicción de la Corte y la jurisdicción de los Estados. El mapa de la complementariedad da una visión de los puntos nodales donde se convergen o divergen ambas jurisdicciones¹¹⁹. Pone en evidencia los límites dentro de los cuales se ejerce cada una de ellas y permite apreciar donde se detentan facultades exclusivas y donde concurren.

Los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, para la ex Yugoslavia y para Ruanda, no utilizan la expresión “complementariedad”, sino la palabra y el concepto de “conurrencia de las jurisdicciones”, pero gozan de la preeminencia que les permite desplazar a los tribunales nacionales en sus actuaciones. La concurrencia supone algún tipo de solapamiento de las jurisdicciones¹²⁰, solapamiento que en caso de las Cortes *ad hoc* se resuelve con su supremacía o preeminencia. De acuerdo con la opinión del Profesor Alcaide, la concurrencia y la complementariedad no difieren esencialmente, por cuanto se da cierto nivel de solapamiento de las jurisdicciones cuando se da una relación de complementariedad, es decir, concurren en alguna medida.

Esto quiere decir que el principio de complementariedad, en una de sus posibles versiones, se encuentra en los estatutos de los tribunales *ad hoc*, donde se concurre pero también se ejercer primacía, como ya se dijo. Lo que no se discute es que el Estatuto de Roma simboliza la adopción de este principio, el cual fue reformulado en beneficio de la soberanía de los Estados, como ya se explicó arriba.

¹¹⁹ Alcaide. Op. Cit., p. 383-434 (mimeo)

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 4 (mimeo)

Alrededor del principio de la complementariedad de la CPI se elaboró un complejo normativo y un procedimiento abigarrado por el que debe transitar una situación o un asunto antes de ser asumida por la jurisdicción complementaria de la Corte. Puede decirse que se da un solapamiento en abstracto, entre la jurisdicción de la Corte y las jurisdicciones nacionales, por cuanto se puede entender que la Corte es competente en abstracto, o tiene una competencia en potencia sobre un conjunto de delitos, mientras están actuando sobre ellos las jurisdicciones nacionales.

En este sentido la competencia de la Corte permanece en suspenso y debe agotar un riguroso trámite en la remisión, las indagaciones previas, la solicitud de autorización para adelantar una investigación y la admisión de los casos, además de la posibilidad de ejercitar recursos a favor de las jurisdicciones nacionales, antes de poder entrar a conocer penalmente unas conductas y la responsabilidad de los presuntamente criminales.

Todo ese dispositivo normativo para la remisión y admisión de una situación o un caso en la Corte, da a las jurisdicciones nacionales preferencia o prioridad, porque la Corte sólo actúa de manera subsidiaria. Sin embargo, no se puede hablar de supremacía de los tribunales nacionales, pues la Corte goza de una situación preeminente o facultad de tutela y supervisión sobre las jurisdicciones nacionales. En palabras del Profesor Alcaide, las jurisdicciones nacionales gozan de una preferencia tutelada, y la CPI goza del poder de deshacer esa presunción a favor de las jurisdicciones nacionales.

Tal situación ha llegado a valorarse como una “conurrencia preferente de la CPI”¹²¹, incluso otros autores han hablado de “la primacía formal de las jurisdicciones nacionales”, al tiempo que se reconoce una “primacía material” de la Corte Penal Internacional frente a las jurisdicciones nacionales, por cuanto el Estatuto faculta a la Corte para decidir sobre su propia jurisdicción, al evaluar ella misma la situación que le permite actuar. Esto quiere decir que es la Corte quien decide la existencia de falta de disposición o incapacidad del Estado para enjuiciar y condenar los graves crímenes internacionales¹²².

Por su parte otros comentaristas entienden que la complementariedad supone que ambos sistemas de justicia funcionen de manera subsidiaria, cuando el primero no puede hacerlo interviene el segundo. Este principio se basa en un término medio de respeto a la

¹²¹ *Ibíd.*, p. 17 (mimeo)

¹²² Olásolo, Héctor. *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?* Valencia, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch. 2003., p. 195 y ss.

soberanía de los Estados y a la jurisdicción universal que estos tienen. La complementariedad es un medio para dar la última palabra a la CPI, en aquellas situaciones en las cuales el Estado no cumple sus obligaciones o no está en capacidad de cumplirlas¹²³.

Un análisis de la competencia de la Corte permite detectar puntos de concurrencia o divergencia de las jurisdicciones, es lo que se ha llamado el mapa de la complementariedad. Desde el punto de vista de la competencia personal de la Corte (*ratione personae*), ésta se retrotrae sólo a las personas naturales (art. 1 y 25), con lo cual se excluye la responsabilidad penal de personas jurídicas incorporada en muchos ordenamientos penales de los Estados. También pueden diferir en cuanto excluye de la competencia de la Corte a los menores de 18 años (art. 26). De la misma manera la improcedencia de cargo oficial para sustraerse de responsabilidad penal (art. 27) puede diferir de regímenes penales internos que establecen inmunidades. Una situación excepcional puede presentarse en relación con los apátridas, por cuanto se requerirá la aceptación particular de la competencia del Estado donde se encuentre la persona que carece de nacionalidad, en caso de tratarse de un Estado no parte de la Corte (art. 12.2)¹²⁴. Estas normas marcan límites y exclusiones a la concurrencia de jurisdicciones.

Desde el punto de vista del ámbito temporal de competencia (*ratione temporis*), la irretroactividad y las normas de entrada en vigor general y particular, marcan límites de tiempos con fechas exactas desde las cuales se puede ejercer la competencia de la Corte. Hay una norma general de entrada en vigencia del Estatuto (art. 11.1 y 126.1), la cual es válida para los Estados que lo ratificaron antes de su entrada en vigor. También hay una norma sobre la vigencia particular del Estatuto para los Estados que los hayan ratificado con posterioridad a la entrada en vigencia general (art. 11.2 y 126.2). La norma sobre prohibición de la retroactividad establece que nadie podrá ser procesado por la Corte por conductas cometidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto (art. 24)¹²⁵.

Una norma transitoria del Estatuto, permite a los Estados en el momento de hacerse parte de él hacer una declaración para no permitir la competencia de la Corte durante 7 años sobre los crímenes de guerra cometidos durante ese período (art. 124 ER). Esta norma crea

¹²³ Xavier. Op. Cit., pp. 7 y 8.

¹²⁴ Alcaide. Op. Cit. p. 6.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 6

una exclusión facultativa en manos de los Estados para restringir temporalmente la competencia de la Corte¹²⁶.

Resulta pertinente preguntar por los límites temporales descritos y su aplicabilidad en las situaciones remitidas al Fiscal por el Consejo de Seguridad. Es posible entender que ante estas remisiones la Corte debe surtir de igual manera el proceso normal de admisibilidad, con lo cual el poder del Consejo llega hasta el ejercicio de remitir la situación. Por lo tanto a partir de este momento se despliegan todas las potestades de la Corte con sus facultades y limitaciones temporales y materiales. Ahora si se entiende, como se sostiene en documentos oficiales de la Corte, que la remisión de situaciones pueden incluir aquellas sucedidas en Estados que no son parte del Estatuto, cabe entender que allí no opera el principio de complementariedad y por lo tanto no se requiere surtir el procedimiento normal de admisión de un asunto, donde se incluyen posibilidad de oposición por parte del Estado.

Otra discordancia puede derivarse de las normas de imprescriptibilidad de los crímenes establecido en el Estatuto (art. 29), las cuales no están reconocidas en todos los ordenamientos internos. De hecho la Convención especializada sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad de 1968, sólo cuenta con 45 ratificaciones. Por lo tanto los desarrollos en las legislaciones internas en esta materia son escasos y bastante dispares. Puede presentarse situaciones en las cuales ciertos delitos pueden encontrarse prescritos en el ámbito penal interno y permanecen abiertos para su juzgamiento ante la Corte Penal Internacional.

En cuanto a la competencia material de la Corte (*ratione materiae*), no basta con el carácter internacional de ciertos crímenes, aún de los enumerados en los respectivos artículos del Estatuto (artículos 5 a 8), para que éstos queden dentro de la competencia de la Corte ya que se establecieron unos umbrales de gravedad exigentes¹²⁷. En materia de delitos de lesa humanidad se ha hablado de un umbral absoluto y excluyente.

¹²⁶ El Gobierno Colombiano, quién ratificó el Estatuto de la Corte el 6 de agosto de 2002, hizo uso de esta facultad y adjunto una declaración en que aplaza por 7 años la competencia de la Corte sobre crímenes de guerra dada la situación de conflicto armado interno para dar pie a procesos de paz en este lapso de tiempo.

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 7

Respecto al umbral en materia de los crímenes de guerra, se ha hablado de uno más flexible que no excluye que la Corte pueda juzgar actos aislados¹²⁸. Otras posiciones sostienen que este umbral en los crímenes de guerra significa que la Corte sólo asumirá jurisdicción sobre actos que involucren cierto nivel de organización y responsabilidad del mando, o puede suceder que tales actos se cometan en gran escala y esto los califica para entrar dentro de la jurisdicción de la Corte¹²⁹. En este orden de ideas, actos cometidos sobre bases aisladas, sin la sanción de una autoridad superior dentro de una cadena de mando, no alcanzan la calificación exigida por el Estatuto.

Ambos umbrales particulares se pueden entender como parte de la exigencia de gravedad de las normas de admisión de un asunto o situación. Desde cierta perspectiva se entiende que los delitos para ser de conocimiento de la Corte se debieron cometer “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil” (art.7), en casos de delitos de lesa humanidad; o “como parte de un plan o política o como parte de comisión en gran escala de tales crímenes” (art.8), en los casos de crímenes de guerra. Por lo tanto, en ambos tipos de crímenes, la gravedad es exigida como una integralidad con los actos mismos. Los umbrales de estos crímenes que aluden a la necesaria gravedad de los actos ejecutados, guarda relación con la norma de admisibilidad que exige que se valore la suficiente gravedad de los actos para proceder a dar el dictamen de admisión del caso en la corte (art. 17.d)¹³⁰. De hecho algunos documentos oficiales de la Fiscalía de la Corte asocian la gravedad exigida en el procedimiento de admisibilidad a la gravedad propia de las normas de competencia donde se exigen unos umbrales que exigen cierta gravedad en los actos cometidos para ser de competencia de la Corte¹³¹.

Una exigencia adicional se percibe respecto a la necesidad de que los Estados consagren fielmente en sus ordenamientos penales internos los crímenes de competencia de la Corte¹³², de manera que si ejercen su jurisdicción se pueda entender que juzgaron y penaron las mismas conductas perseguidas por la Corte.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 7

¹²⁹ Sunga, Lyal S. *La Jurisdicción Ratione Materiae de la Corte Penal Internacional*. pp. 257 y 258. En: *Ambos. Op.Cit.*

¹³⁰ Alcaide. *Op. Cit.*, p., 7.

¹³¹ Fiscalía Corte Penal Internacional. "Actualización de las actividades del Fiscal de la CPI sobre las Comunicaciones recibidas por su Oficina". 10 de febrero de 2006. www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_Update_on_Communications_10_February_2006.pdf.

¹³² *Ibíd.*, p. 7 (mimeo).

También es necesario examinar la concurrencia de las jurisdicciones desde el punto de vista del ámbito espacial de la competencia de la Corte (*ratione loci*). Ambos tipos de jurisdicciones concurren, la de la Corte y la de por lo menos un Estado en cuyo territorio se cometieron los actos, y/o del cual el presunto autor es nacional; también puede concurrir otro Estado, si estas dos condiciones se separan en dos Estados distintos. Se da también la concurrencia de la jurisdicción de todos los Estados si se ejerce la jurisdicción universal en su versión pura, es decir aquella que se ejercita sin conexión con el crimen, o sólo por la presencia del presunto responsable en el territorio del Estado que pretende hacerla valer. Como se aprecia esta concurrencia de jurisdicciones por razones territoriales, personales y por ejercicio de la jurisdicción universal, puede complicar el ejercicio del principio de complementariedad¹³³.

Este breve recorrido por las normas que generan concurrencias y exclusiones entre las jurisdicciones muestra como se ponen en juego una cantidad de factores de complementariedad que se constituyen en límites, que pueden dejar por fuera ciertos casos o situaciones, es decir, sin jurisdicción y competencia de la Corte respecto de presuntos crímenes, que en principio pudieran ser de su conocimiento o pareciera que pudieran serlo. También se darán casos, en la práctica, en los cuales no concurren las jurisdicciones nacionales con la jurisdicción de la Corte, y por lo tanto los únicos facultados para ejercer la jurisdicción son los Estados mismos. En los demás casos en los cuales concurren las jurisdicciones, es posible, al darse las condiciones exigidas, recurrir a la Corte para que considere su admisibilidad. Procedimiento donde los Estados están facultados para actuar con recursos frente a las decisiones de admisión de la Corte, como se detallará más adelante.

B. 2 La complementariedad en el preámbulo

Como ya se dijo el principio de complementariedad es un elemento central y vertebral del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. Tal principio se encuentra consagrado y desarrollado en texto mismo donde se encuentran las principales normas que constituyen el marco normativo para la aplicación de tal principio en las

¹³³ *Ibid.*, p. 8 (mimeo).

decisiones previas, en el desarrollo mismo de los procesos ante la Corte, y en relacionamiento de la Corte con los Estados Parte.

En Estatuto se afirma de manera directa y expresa el principio de complementariedad desde el preámbulo mismo del Tratado cuando el décimo párrafo o consideración dice “*Destacando* que la Corte Penal Internacional establecida en el presente Estatuto será **complementaria** de las jurisdicciones penales nacionales”.

Así mismo, otras consideraciones (cuarta y sexta) del Preámbulo ya habían aludido este principio al señalar el papel central de las jurisdicciones nacionales en la lucha contra la impunidad y la necesidad de la punición de los más graves crímenes. La cuarta consideración afirma: “que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”; así como la sexta consideración recuerda que: “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. De ésta manera el Preámbulo realiza unas declaraciones y afirmaciones generales que sirven de marco normativo sobre el carácter y la relación de la Corte con las jurisdicciones nacionales; marco general que será desarrollado en el articulado propiamente tal del Estatuto. Tales declaraciones del Preámbulo hacen parte del contexto normativo dentro del cual el tratado se debe interpretar, como ya se dijo atrás.

B.3 Artículos 1 y 17: El Carácter de la Corte y Cuestiones de Admisibilidad

Luego de la declaración del Preámbulo, en el desarrollo de articulado del Estatuto, el artículo 1º sobre la definición misma de la Corte y su carácter dice: “La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones nacionales”.

El artículo 17, da un desarrollo sustantivo al principio de complementariedad al regular las cuestiones de admisibilidad de un asunto. Su redacción negativa de las causales de inadmisión connota que se examina es la inadmisión de los asuntos o situaciones que se

someten a consideración de la Corte, de manera que se da prelación a las jurisdicciones nacionales. La relación directa entre las disposiciones de este artículo y el principio de complementariedad está dada tanto por las materias que allí se tratan, como por la referencia directa que allí se hace al párrafo o consideración 10 del Preámbulo y al artículo 1 del Estatuto, es decir, la admisibilidad de un asunto se hace teniendo en cuenta el carácter complementario de la Corte.

Éste artículo establece, en relación con las jurisdicciones nacionales, los asuntos o situaciones en las cuales no puede intervenir la Corte, por estar actuando una jurisdicción estatal con competencia en el asunto. Al tiempo determina las excepciones en las cuales la Corte puede actuar en uso de su jurisdicción complementaria. En este caso la Corte se permite intervenir una vez haya actuado o haya dejado de actuar las jurisdicciones nacionales, sobre la base de una valoración o evaluación de la actuación de éstas. Se valora la voluntad del Estado y su capacidad para actuar respecto del asunto o situación, de acuerdo con los parámetros establecidos en el Estatuto. Estos dos aspectos serán abordados más adelante.

B.4 Artículo 18: decisiones preliminares

El artículo 18 se ocupa de las decisiones preliminares sobre la admisibilidad de casos o situaciones remitidas por un Estado Parte o conocidas de oficio por el Fiscal. En este caso se obliga al Fiscal a notificar la iniciación de una investigación a todos los Estados Partes y a aquellos que ejercerían la jurisdicción sobre el asunto de que se trate; así mismo se impone el deber a los Estados, dentro del mes siguiente, de informar a la Fiscalía de la realización de investigaciones sobre los respectivos crímenes objeto del interés.

Se establece además, que los Estados pueden solicitar al Fiscal que se inhiba de continuar adelante con la investigación, y por lo tanto que se de prelación a la jurisdicción del Estado solicitante. El Fiscal debe acceder a esta solicitud de un Estado Parte, salvo que éste solicite a la Sala de Cuestiones Preliminares autorización para continuar la investigación y la sala así lo decida. Este artículo también se establece que en caso de darse la inhibición del Fiscal puede reexaminarse tal decisión desde los 6 meses siguientes a la remisión del asunto a la jurisdicción estatal. De igual manera, se dispone para el Estado y

para el Fiscal, la facultad de recurrir ante la Sala de Apelaciones las decisiones proferidas por la Sala de Cuestiones Preliminares. Esto quiere decir que desde las actuaciones preliminares los sujetos procesales, Estados y Fiscal, están facultados para efectuar diversas intervenciones para tratar de ganar un punto de vista sobre el asunto o situación en la Corte, lo cual supone debate procesal y debate substancial sobre los hechos y sobre las acciones de las jurisdicciones nacionales. Se incluye el acceso a recursos dentro de las instancias jurisdiccionales de la Corte sobre estas decisiones preliminares.

B.5 Artículo 19: Impugnación de la competencia o de la admisión de una causa

Por su parte el artículo 19 dispone que las facultades del artículo 18 serán ejercidas sin detrimento de la facultad de impugnación de las decisiones de admisibilidad de la Corte. En efecto, el artículo 19.2 establece que el acusado o la persona contra la cual se haya dictado orden de detención o de comparecencia, el Estado que tenga jurisdicción en la causa, y el Estado cuya aceptación se requiera de acuerdo con lo establecido en el Estatuto, está facultado para impugnar la admisibilidad de una causa o la competencia de la Corte. La impugnación de la admisibilidad o de la competencia de la Corte sólo procede una vez y deberá ser antes de juicio o en su inicio (19.4). En casos excepcionales se admiten impugnaciones más de una vez o en fases posteriores al juicio. Las impugnaciones en la fase del juicio o con posterioridad a él sólo podrán fundamentarse en la causal 17.1. (c) que se refiere a casos en los cuales el procesado ya hubiera sido juzgado (19.4).

El Fiscal podrá solicitar un pronunciamiento sobre cuestiones de competencia o admisibilidad (19.3). Además en las cuestiones de competencia y admisibilidad podrán presentar observaciones el Estado que remitió la situación o el asunto, el Consejo de Seguridad, si fue él quien lo remitió, el propio Fiscal, y las víctimas (19.3).

De acuerdo con el artículo 19.2 la decisión de inadmisibilidad podrá ser revisada por nuevos hechos a petición del Fiscal, y este funcionario, además, podrá solicitar al Estado que lo mantenga al corriente del avance de las investigaciones y demás actuaciones judiciales, cuando una investigación haya sido suspendida por alguna de las razones del artículo 17 (19.11). Cuando la impugnación sea presentada por el Estado que cree tener

jurisdicción sobre el asunto o el Estado cuya aceptación se requiera, el Fiscal suspenderá la investigación hasta que la Corte se pronuncie (19.7), aún así podrá pedir autorización para adelantar algunas actuaciones (19.8)

Fuera de lo anterior el artículo 19.1 establece que la Corte en todas las causas que le sean sometidas se cerciorará de su competencia, al tiempo que reafirma la potestad de la Corte de admitir de oficio una causa. Esto ha llevado a algunos comentaristas del Estatuto a decir que se ha establecido un procedimiento de doble examen de la competencia de la Corte, donde estarían de más las regulaciones del artículo 18, tal como lo sostuvieron en el proceso de aprobación del Estatuto los Estados proclives a la Corte. Este doble examen puede dar lugar a dilaciones¹³⁴.

Estas regulaciones, duplicaciones y detalles en tales normas obedecen a las precauciones adoptadas por los Estados para que la Corte diera oportunidad de actuación a las jurisdicciones nacionales. De esta manera, la jurisdicción internacional de la Corte se activaría después de superar el engorroso trámite de la admisibilidad, con lo cual queda bien establecido que ésta sólo actuaría como una jurisdicción de última *ratio*¹³⁵.

B.6 Otras normas relacionadas con la complementariedad

Estas normas mencionadas son las principales por cuanto en ellas se adopta y se consolida la decisión de asumir el conocimiento judicial de una situación, o de un caso en el cual puede haberse cometido crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, existen otras normas que aluden a otros aspectos de la relación de los Estados con la jurisdicción de la Corte, las cuales son desarrollos adicionales del principio de complementariedad, pero sin constituir su esencia. En este orden de ideas, otras normas relacionadas con la complementariedad son las referidas a la Cooperación y la Asistencia

¹³⁴ Ambos, Kai. “Sobre el Fundamento Jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma”. En: Ambos, Kai y Oscar Julián Guerrero (compiladores). El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia. 1999, p. 112.

¹³⁵ Fernández de Gurmendi, S. “Relaciones de la Corte Penal Internacional con las jurisdicciones nacionales y con el Consejo de Seguridad”. Citado por Jaime Lombana V. En: Martín Mingarro, Luis (editor) Iberoamérica y la Corte Penal Internacional: Debates, reflexiones y Preguntas. Universidad del Rosario. Bogotá. 2006, p. 111.

Judicial (Parte IX del Estatuto, desde el artículo 86 al 102), y las normas de la Parte X “De la Ejecución de la Pena”.

En la definición de algunos de estos aspectos se pusieron de nuevo en juego las posiciones de los Estados respecto a la Corte. Por ejemplo, en materia de cooperación, mientras unos propendían por el establecimiento de los mecanismos de cooperación interestatales tradicionales, como la extradición y la asistencia judicial, los Estados afines al proyecto de la Corte buscaban nuevas formas de cooperación más acordes con la jerarquía e importancia del nuevo organismo internacional¹³⁶.

Tal como quedaron estas normas establecidas en el Estatuto, se instituyó la obligación general de cooperar (art.86): las solicitudes judiciales serán tramitadas por la vía diplomática o por el canal determinado por el Estado, también podrá hacerse a través de la organización internacional de la policía criminal. Por otra parte, la Corte podrá tomar todas las precauciones que se consideren necesarias para la protección de las víctimas, testigos y familiares; se podrá recabar información de las diversas organizaciones intergubernamentales, con las cuales pueden además firmarse convenios especiales de cooperación (art. 87); el Estado deberá adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para permitir todas las formas de cooperación establecidas en el Estatuto (art. 88); los Estados cumplirán la detención y entrega de las personas solicitadas por la Corte, siempre y cuando las decisiones sobre admisibilidad de la causa se encuentre en firme y se cumplan con todos los requisitos exigidos en el Estatuto (art.89, 90 y 91); se consagra la posibilidad de la detención provisional hasta tanto se tramite la entrega con todos los requisitos exigidos en el Estatuto (art. 92). Además, se establecen otras formas de asistencia principalmente relacionadas con la práctica de pruebas (art. 93); se obliga a la cooperación de los Estados en la ejecución de las penas privativas de la libertad (art. 103); y se establecen obligaciones sobre el aporte de cuotas de los Estados Partes para sufragar los gastos de la Corte, de la Asamblea de Estados Partes, sin perjuicio de otros aportes por parte de las Naciones Unidas y contribuciones voluntarias (art. 115).

Con esta primera aproximación a las normas sobre la complementariedad se ha buscado tener una mirada panorámica y enunciativa a las normas constitutivas del principio

¹³⁶ Ambos. Op. Cit., p. 137.

de la complementariedad y directamente relacionadas con ella. Más adelante se hace una revisión detallada de algunas de estas las normas y su funcionamiento práctico.

C. LOS PROCESOS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La aplicación del principio de complementariedad en los procesos en la Corte busca resolver dos asuntos prácticos por cuanto se relacionan con el ejercicio de acciones propias o ajenas. De un lado debe decidir que hay un conflicto y una contradicción entre la competencia de la Corte y las actuaciones (por acción u omisión) de un Estado sobre una situación o un caso. Del otro, determinar qué debe hacer y cómo debe hacer la Corte para afrontar tal conflicto o contradicción. Las normas que enmarcan esta actuación de la Corte se encuentran en la parte substancial y procedimental como se mostró en el mapa de la complementariedad, además en las normas sobre facultades y presupuestos para el ejercicio de la acción judicial propiamente tal.

La parte procedimental o el proceso judicial derivado del Estatuto de Roma en las actuaciones de la CPI, puede ser visto como un único y fundamental proceso penal que debe surtirse en cada caso para abrir el ejercicio de la acción penal, adelantar la investigación y declarar la responsabilidad penal y ejecutar la sentencia.

Esta visión es calificada de reduccionista de los aspectos procesales del Estatuto por el Profesor Héctor Olásolo quien advierte que el Estatuto atribuye a la Corte, además, de las facultades propias para adelantar un proceso penal, las potestades jurisdiccionales para: a) activar la jurisdicción abstracta de la Corte mediante una declaración constitutiva de que concurren los presupuestos de activación de la jurisdicción de la Corte (arts. 13; 14; 15; 18; y 53.1, 3 y 4 ER); b) las potestades jurisdiccionales para declarar y hacer efectiva la responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas por lo delitos de competencia de la Corte, y los daños ocasionados por la detención o reclusión ilegal de los sujetos pasivos, la reclusión de los imputados o acusados, o la condena errónea de los acusados (arts. 75, 85 y 109 ER); y c) potestad o jurisdicción penal para conocer de los delitos contra la administración de justicia instituidos para proteger el buen desarrollo de las funciones de la Corte (art. 70.4 ER)¹³⁷.

¹³⁷ Olásolo. Op. cit., p. 99 y ss.

El resarcimiento de los daños por reclusión ilegal del imputado o acusado, por la denegación de cargos, por sentencia absolutoria o por condena errónea, no guarde relación directa con la inacción o falta de voluntad de los Estados para investigar o juzgar, y puede admitirse que no hace parte de manera estricta del régimen de la complementariedad. Pero la facultad de juzgar la responsabilidad civil derivada del hecho punible corresponde al ejercicio de las potestades penales complementarias de la Corte.

Las potestades mencionadas de la Corte se desarrollan en tres procesos, dentro de los cuales se desarrollan hasta siete procedimientos distintos. Los tres grandes procesos que se dan en la Corte son: a) un proceso de activación a través de la cual la CPI activa su jurisdicción abstracta sobre una determinada situación de crisis; b) un proceso penal para la declaración de la responsabilidad penal individual por los delitos contemplados en el Estatuto; y c) un proceso civil para determinar la responsabilidad civil del condenado, o de la propia Corte, como ha sido mencionado¹³⁸.

Estos tres grandes procesos consagrados en el Estatuto dan lugar a siete “modalidades procedimentales”, a través de las cuales se ejercitan las potestades de la Corte. Estos siete procedimientos son los siguientes: tres procedimientos dependiendo de quién ejercita la acción: el Consejo de Seguridad, un Estado Parte, o la Fiscalía; dos procedimientos penales, uno para la substanciación de las causas por los delitos centrales del Estatuto, y otro para los delitos accesorios contra la administración de justicia en la Corte; y dos procedimientos civiles para deducir la responsabilidad civil del condenado, y otro para la responsabilidad civil de la propia Corte¹³⁹.

De acuerdo con el tratadista que se viene citando, se está ante el tratado internacional más complejo que se ha elaborado y aprobado hasta ahora. Con la dificultad adicional que las normas procesales del Estatuto carecen de sistematicidad y se encuentran dispersas disposiciones de un mismo procedimiento, lo que dificulta muchas veces su comprensión y el alcance de su aplicación¹⁴⁰. Esto se puede apreciar, entre otras, en las siguientes normas: la regulación del incidente de jurisdicción o admisibilidad se encuentra en la parte II (art. 19 ER), a pesar de poderse plantear sólo en el marco del proceso penal; y una parte importante de los procesos de activación a instancias del Consejo de Seguridad o

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 101.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 102.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 102.

de un Estado Parte se encuentran en la parte V (art. 53 ER), dedicada a la investigación y al enjuiciamiento penal. Algunas de estas características del Estatuto se pueden explicar porque hasta el último día de la Conferencia de Roma fueron negociadas la titularidad del proceso de activación y la iniciación del procedimiento y su trámite¹⁴¹.

La mencionada interpretación del Estatuto que sostienen que se da allí un solo proceso penal encuentra que este se divide en dos fases bien diferenciadas: una fase de instrucción o investigación, supervisada por las Sala de Cuestiones Preliminares; y una fase plenaria o de juicio oral dirigido por la Sala de Primera Instancia. En la actividad de investigación de la Fiscalía se distinguen, a su vez, dos subfases: una previa, preprocesal a cargo de la Fiscalía, sin la intervención de los órganos jurisdiccionales; y una segunda desarrollada después de recibir la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares o de la Sala de Apelaciones, donde se procede a realizar la investigación. La primera fase equivale a lo que en muchos procedimientos se llama indagaciones previas, diligencias previas, o diligencias preliminares. Postura no compartida por el tratadista que venimos comentando¹⁴².

Dado que no es posible determinar *a priori* las situaciones de crisis sobre las que se va a actuar, se ha atribuido a la Corte y sus distintos órganos una potestad jurisdiccional en potencia o en abstracto, que únicamente se vuelve jurisdicción concreta cuando el órgano competente de la Corte declara que concurren los presupuestos de activación (arts. 15.4, 16, 18.2 y 53.1 ER). La activación se produce mediante una decisión de carácter constitutivo del órgano competente de la CPI, se trata del procedimiento de activación o de apertura de investigación, y es un procedimiento previo y necesario al inicio del proceso penal propiamente dicho (arts. 13, 14, 15, 18, y 53.1, 3 y 4 ER)¹⁴³.

Este procedimiento de activación verifica, mediante pretensiones y resistencias, la concurrencia de los presupuestos de los que el Estatuto hace depender tal activación, por lo tanto se refiere a parámetros personales, territoriales y temporales que definen una situación de crisis. No sobra advertir que cuando es el Consejo de Seguridad quién ejerce la activación, no procede la intervención de los Estados en cuyos territorios se dan la situación de crisis (13.b y 53).

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 104.

¹⁴² *Ibíd.*, pp.104-105.

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 106

Los presupuestos de los que depende la activación de la jurisdicción abstracta de la Corte son los siguientes¹⁴⁴:

1. Los parámetros personales, temporales y territoriales que definen la situación de crisis (1, 11.1 y 2, 12, 24, 25, 26, 27, 124, 126.1 y 2, entre otros ER)
2. Los delitos que presuntamente se han cometido en la situación de crisis de manera que se verifique que son de la competencia de la Corte (art. 5, 6, 7 y 8 ER).
3. La inacción, la falta de auténtica disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y juzgar los delitos presuntamente cometidos en la situación de crisis (art. 17 ER).
4. La ausencia de un requerimiento de Consejo de Seguridad, en actuación de acuerdo con las facultades del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas donde se solicita la suspensión por 12 meses de la investigación o el enjuiciamiento (art. 16 ER).
5. La suficiente gravedad de los crímenes presuntamente cometidos en la situación de crisis (art. 17.d ER).
6. La inexistencia de razones suficientes para creer, que aún teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y los intereses de las víctimas, la activación de la jurisdicción no redunde en interés de la justicia (art. 53.1c y 2c ER).

Cuando se trata de una situación remitida por el Consejo de Seguridad, no debe realizarse el trámite previsto cuando se origina por remisión de un Estado Parte o de oficio por el Fiscal¹⁴⁵, ocasiones en las cuales proceden notificaciones a los Estados, solicitudes de inhibición, solicitudes de autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares y apelaciones, propias de este procedimiento. El Fiscal actúa como un órgano cuasi-jurisdiccional decisor mediante un procedimiento breve y sumario (arts. 13. b y 53 ER)¹⁴⁶.

Cuando un Estado Parte ha remitido una situación. El Estado remitente actúa como sujeto activo de la pretensión, mientras la Fiscalía actúa como órgano cuasi-jurisdiccional

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 107

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 108

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 108

decisor. Los demás Estados Partes y no Partes pueden actuar como sujetos pasivos de la pretensión y oponerse a ella. La decisión del Fiscal puede ser examinada por la Sala de Cuestiones Preliminares y por la Sala de Apelaciones¹⁴⁷.

Cuando es la Fiscalía quién ejercita de oficio la acción de activación, entonces ella actúa como sujeto activo de la pretensión. Las víctimas directamente o a través de sus representantes se constituyen en coayuvantes. Los Estados Partes y no Partes pueden oponerse a la decisión. La Fiscalía actúa como decisor cuasi-jurisdiccional y la Sala de Cuestiones Preliminares y la Sala de Apelaciones actúan como órganos decisores.

Cuando la activación se produce de oficio por la Fiscalía por la recepción de denuncias (arts. 13. c, 15 y 18 ER), el procediendo es muy complejo, se duplican las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares y de la Sala de Apelaciones sobre la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. Cuando la activación se produce por remisión de un Estado Parte el procedimiento tiene características de complejidad intermedia¹⁴⁸.

Por su parte el artículo 19 del Estatuto establece diversas actuaciones procesales para la verificación de la jurisdicción de la CPI y sobre la admisibilidad del caso. Se incluyen las siguientes posibilidades de actuación¹⁴⁹:

1. Control de oficio por parte de la Fiscalía mientras se adelanta la investigación previa a la imputación formal del sospechoso mediante una orden de arresto o comparecencia.
2. Control de oficio por la Sala de Cuestiones Preliminares y por la Sala de Primera Instancia después de la apertura de investigación y hasta el pronunciamiento de la sentencia.
3. Planteamiento por parte de la Fiscalía de cuestiones de jurisdicción o de admisibilidad desde la emisión de una orden de arresto o de comparecencia hasta la conclusión del juicio oral.
4. Planteamiento del incidente de jurisdicción o de admisibilidad por el Estado Territorial o de nacionalidad del sospechoso, o por cualquier otro Estado que alegue

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 108

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 109

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 115

tener jurisdicción sobre el caso porque estuviere conociendo del mismo, desde el inicio de la investigación hasta el inicio del juicio oral, o después de iniciado éste, si lo permite la Sala de Primera Instancia.

5. Planteamiento de incidente de jurisdicción o de admisibilidad por cada uno de los imputados o acusados, desde su imputación formal por la emisión de un orden de arresto o de comparecencia, hasta el inicio del juicio oral, o después de iniciado este, sí lo permite la Sala de Primera Instancia.

Se indican varios problemas a este complejo diseño procesal. De un lado las facultades cuasi-jurisdiccionales de la Fiscalía, la limitada eficacia de las resoluciones de la Sala de Cuestiones Preliminares y de la Sala de Primera Instancia sobre los incidentes de jurisdicción o admisibilidad. Por otro lado, la ausencia de plazos preclusivos para este tipo de cuestiones, y la ausencia de momentos procesales que permitan acumular las distintas impugnaciones de la jurisdicción o admisibilidad.

De modo que las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad tienen un tratamiento procesal de incidentes en el proceso penal de carácter principal, además de su tratamiento en el momento de la activación. Se puede concluir, que el ejercicio de la jurisdicción y la admisibilidad incluyen un doble mecanismo procesal, por un lado el proceso de activación, y por el otro un conjunto de actuaciones de carácter incidental dentro del proceso penal, como se prevé en el artículo 19¹⁵⁰.

Todo este andamiaje procesal tiene como uno de sus elementos centrales el trámite de admisibilidad, y dentro de este trámite, la consideración y la decisión sobre la falta de disposición o la incapacidad del Estado para adelantar la investigación y el enjuiciamiento. Estos dos campos de actuación, la admisibilidad y su valoración de la situación y actitud del Estado, son los temas que se abordarán en la siguiente parte de este estudio.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 116-117

CAPÍTULO III

LA ADMISIBILIDAD: DESARROLLO CENTRAL DE LA COMPLEMENTARIEDAD

A. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS NORMAS SOBRE ADMISIBILIDAD

En los artículos 17 a 20 del Estatuto se establecen las condiciones procesales y substantivas que regulan la inadmisibilidad de un caso ante la Corte. Se disponen los diversos procedimientos por los cuales se constata, de manera positiva aunque la redacción sea negativa, las excepciones de admisibilidad de un asunto ante la Corte. Se establecen, además, las razones por cuales un caso puede ser declarado inadmisibile, o admisible, por la Corte. En dichos artículos, de manera general, se consagran normas sobre los siguientes aspectos de la admisibilidad: la facultad de determinar la admisibilidad de cualquier asunto presentado ante la Corte (art. 17); las decisiones preliminares sobre la admisibilidad (art. 18); la facultad para la Corte de cerciorarse de su propia competencia (art. 19.1); los procedimientos de impugnación de las decisiones de admisibilidad de la causa (art. 19); el principio de la cosa juzgada y las salvedades a favor de la primacía material de la jurisdicción de la Corte (art. 20).

A.1 Artículo 17: las causales de admisibilidad (o inadmisibilidad) en las actuaciones del Estado

El artículo 17 regula los aspectos substantivos de la decisión de inadmisibilidad. Se dan allí cuatro circunstancias para declarar un asunto inadmisibile (art. 17.1):

- “a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se

trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

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

Desde el punto de vista del momento procesal en que se encuentren las actuaciones nacionales y con base en otros factores, los párrafos descritos hacen las siguientes distinciones:

El párrafo 1 a) y 1 b) del artículo 17 hace referencia a procesos judiciales nacionales valorados como no efectivos. Por razones de falta de disposición o por incapacidad.

El párrafo 1 a) del artículo 17, se trata de un asunto que está en etapa de investigación o de juicio en una jurisdicción nacional. Se toman en cuenta los mencionados factores de admisibilidad que califican las actuaciones del Estado.

El párrafo 1 b) del artículo 17, el asunto ha superado la etapa de investigación y se ha decidido no iniciar un juicio. El asunto resultará admitido con base en los mismos factores de admisibilidad.

El párrafo 1 c) del artículo 17 trata de los asuntos en los cuales se ha celebrado un juicio. En este párrafo no entran consideración los factores de admisibilidad de falta de disposición o incapacidad del Estado, por cuanto se remite a la imposibilidad para la Corte de incoar el juicio de acuerdo con el principio del *nos bis ibidem* o cosa juzgada del artículo 20.3. De manera curiosa en el artículo 20.3 se vuelven a introducir el factor de admisibilidad de la falta de disposición y uno nuevo, sobre la falta de independencia o imparcialidad en el proceso.

El párrafo 1 d) del artículo 17 no se detiene en la etapa procesal en que se encuentren las actuaciones nacionales, se concentra en otro factor de inadmisibilidad (admisibilidad), la suficiente gravedad del caso o asunto.

En las etapas procesales diversos del 17. 2. a y b, la Corte no podrá activar su jurisdicción, a menos que ella misma verifique y valore que el Estado “no esté dispuesto o no pueda” realmente adelantar un proceso eficaz. Los conceptos de “falta de disposición” y “la incapacidad” resultan centrales en el procedimiento de admisibilidad y constituyen una decisión de carácter sustantivo que debe realizar la corte. No toda actuación de las jurisdicciones nacionales tiene la capacidad de impedir la adopción de la decisión de admisión o de activación de la jurisdicción abstracta de la Corte.

La segunda y la tercera parte del artículo 17 se dedican a tratar de desarrollar los conceptos de “falta de disposición” (17. 2 a, b y c) y “la incapacidad” (17.3), en los siguientes términos:

“2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.”

Se puede apreciar como este párrafo 2 al desarrollar los contenidos del concepto “falta de disposición” del Estado enumera una serie de criterios y circunstancias eventuales (17. 2. a. b. y c.), pero antes de proceder a enumerarlas genera una perspectiva general de valoración de esas circunstancias en la parte introductoria del párrafo. Se establece allí que la Corte deberá tener en cuenta los principios del derecho internacional que orientan las debidas garantías en los procesos, en esta medida tales principios constituyen un marco normativo que debe orientar el examen de cada una de las circunstancias que debe examinar la Corte para determinar que se presenta una “falta de disposición” o incapacidad del Estado.

De acuerdo con esta explicitación de criterios y circunstancias que se hace en el literal a) del artículo 17. 2 la Corte deberá examinar que el juicio haya estado o esté en marcha, o que la decisión haya sido adoptada con el propósito de sustraer al procesado de su responsabilidad. Se puede entender aquí que se trata de verificar que un juicio estuvo en marcha y que por alguna razón dicho juicio no fue concluido, porque si se trata de un juicio concluido estamos ante la circunstancia del 17. 1. c. que es cuando el caso ya fue fallado o sentenciado y se aplican las reglas de la cosa juzgada del artículo 20. En esta medida sobre los juicios en marcha o interrumpidos la Corte puede examinar sus características y sus contenidos.

De manera curiosa la redacción de este apartado del 17. 2. a. luego de estas dos circunstancias aludidas (juicios en marcha o que estuvieron en marcha), establece una tercera circunstancia separada por una disyuntiva. Agrega “(...) o que la decisión haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal (...)”. La primera parte del apartado se refiere al momento procesal en que se encuentra el proceso (juicios en marcha o que estuvieron en marcha) y la segunda parte, separada con disyuntiva, se refiere a los propósitos de las decisiones. Dos circunstancias de

naturaleza distinta que apuntan a elementos diferentes dentro de los procesos, que de haberse dispuesto de manera acumulativa, es decir, unidas mediante una conjunción daría más claridad a la norma.

En efecto, una cosa es constatar el momento procesal en que se encuentren las actuaciones y otra cosa es examinar la motivación de las actuaciones. La sola ubicación procesal de las actuaciones no creemos que pueda dar fundamento a una decisión de admisibilidad, por lo tanto tales elementos debieron disponerse de manera acumulativa. Este elemento de discordancia lógica en la redacción del apartado genera confusión en su contenido y en su sentido. Se destaca aquí el concepto “falta de disposición”, el cual es desarrollado, ampliado o explicitado bajo la circunstancia del “propósito de sustraer” de su responsabilidad al procesado.

Por su parte la circunstancia del apartado 17. 2. b. se refiere a una demora injustificada que resulte incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona ante la justicia. Estos dos elementos aparecen redactados en forma acumulativa, donde la primera parte es un hecho que se constata en los tiempos del proceso penal, en concreto una demora en el juicio. De donde se deriva una valoración adicional sobre el comportamiento de los agentes estatales encargados de adelantar los procedimientos, para concluir como consecuencia una falta de intención de actuar de acuerdo con las exigencias de una genuina administración de justicia.

Finalmente el apartado 17. 2. c. se refiere, en primer lugar, a una circunstancia que entraña una valoración de las actuaciones dentro del proceso, que no este siendo o no haya sido substanciado de manera independiente e imparcial. Aquí se agrega un segundo elemento también de naturaleza valorativa, se refiere a que el proceso se esté adelantando de una manera incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona procesada ante la justicia. Estas dos circunstancias deberían haberse propuesto de manera disyuntiva por tratarse de circunstancias de la misma naturaleza, una valoración cualitativa de un conjunto de hechos dentro del proceso donde cada una entraña un comportamiento grave por parte de los agentes encargados de adelantar los procesos penales.

Los párrafos 17. 2. a y c., contienen redacciones inadecuadas o disponen de manera inadecuada sus elementos; si se toma en cuenta la gravedad de las mencionadas

circunstancias que dan pie a la admisión de un asunto en la Corte. Las inadecuaciones que encontramos pueden obedecer a los difíciles procesos de negociación en los que fueron elaboradas estas normas.

A.2 Artículo 17.3: La incapacidad del Estado como causal de admisibilidad

Como se indicó la primera parte del artículo 17 en dos de sus literales (a y b) se alude a otra de las grandes causales o excepciones de admisión de un asunto ante la Corte Penal internacional. Se dice, luego de aludir a la falta de disposición, “o no pueda realmente hacerlo”. Con esto se establece que la Corte debe examinar en los Estados involucrados la situación en que se encuentren las administraciones de justicia, el poder judicial, y en general toda la estructura del Estado para dar viabilidad a los procesos penales contra los presuntos criminales de delitos de competencia de la Corte.

En numeral 3 del artículo 17 se ocupa de desarrollar la expresión “o no pueda realmente hacerlo” del Estado mediante la fijación de algunos parámetros para la decisión de admisibilidad por razón de incapacidad del Estado. Se disponen dos supuestos básicos, se da un colapso total o sustancial de la administración de justicia, o se carece de ella. De alguno de estos supuestos se desprenden como consecuencias, de manera no acumulativa, alguno de las siguientes situaciones: no se puede hacer comparecer al acusado; no se dispone de pruebas o de los testimonios necesarios; o no se está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Los elementos de este numeral son claros y parecen bien orientados. Se ponen dos supuestos básicos a examinar sobre la situación de la administración de justicia del Estado de que se trate, y algunas consecuencias derivadas de tal situación relacionadas de manera directa con el curso de los procesos penales de interés para la Corte Penal Internacional. Consecuencias que se nombran más en un sentido de ilustración que de un listado taxativo, porque la última expresión, si bien se refiere a la etapa del juicio deja abierta la posibilidad de tomar en cuenta diversas circunstancias que impiden la celebración del juicio. Es claro que se nombran fenómenos a lo largo del todo el proceso penal. La incapacidad de hacer comparecer es relevante en todo el proceso penal, pero sobre todo la etapa del juicio; la

imposibilidad de contar con las pruebas se hace relevante desde la etapa de investigación y finalmente incapacidad de celebrar el juicio por diversas razones.

A.3 Artículo 17. 1. d.: La gravedad adicional del asunto como causal de admisibilidad:

Se trata en el párrafo (d) del artículo 17. 1 de la posibilidad jurídica de desestimar la admisión de un asunto por la Corte Penal Internacional por que no se considere de la suficiente gravedad para justificar su actuación. Para el profesor Olásolo esta circunstancia adicional dentro de este presupuesto de activación de la jurisdicción abstracta de la Corte, junto a otro, constituyen el principio de oportunidad como principio rector de la activación de la jurisdicción abstracta de la Corte¹⁵¹. La otra circunstancia de la misma naturaleza es la que plantea la inexistencia de razones substanciales para creer que una investigación no redunda en interés de la justicia, aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas (art. 53. 1. c.).

Esta norma guarda relación con aquella que establece que la Corte puede adoptar resoluciones respecto a su competencia y admisibilidad de manera posterior a su autorización para iniciar una investigación (art. 15. 4). Esto puede significar que una vez se acopien informaciones y diversos elementos de juicio en el marco de una investigación formal, la Corte puede declarar su inadmisibilidad con base en esta circunstancia especial de la suficiente gravedad del asunto.

Algún sector de la doctrina ha creído que está facultad de la Corte para evaluar la gravedad del asunto, se encuentra de conformidad con el carácter de ésta como un instrumento de *última ratio*, que solo debe ocuparse de los más graves crímenes que atenten contra los valores superiores de la comunidad internacional. Para otro sector se trata de una contradicción importante al interior del Estatuto por cuanto la Corte se erigió para conocer de manera complementaria de un conjunto de crímenes que de por sí ya son graves en su propia naturaleza y tipificación, tal como se afirma en el Preámbulo (párrafos 3 y 4) y en los artículos 1º y 5.1. Donde se insiste en que la competencia de la Corte es sobre los más

¹⁵¹ Olásolo. Op. cit., p. 259 y ss.

graves crímenes de trascendencia internacional¹⁵². Por lo tanto fuera de la comisión del crimen, no deberían reclamarse factores adicionales de gravedad o consultarse otros intereses.

Sobre estas dos circunstancias y consideraciones adicionales, para inadmitir un asunto, ni el Estatuto, ni las Reglas de Procedimiento y Prueba entregan criterios. No se elaboran parámetros para determinar dicha gravedad adicional y los otros intereses superiores de la justicia que ameritan que no se adelante el proceso ante la Corte.

Se concluye que tales disposiciones consideran que no todas las situaciones en las cuales se han cometido crímenes de competencia de la Corte, tienen la gravedad para justificar su actuación sobre tales situaciones. En segundo lugar se puede determinar que otros intereses no previstos en el Estatuto pueden tener una protección prioritaria. Y por lo tanto la Corte está autorizada para realizar un juicio de conveniencia sobre dichos intereses en juego. Se trata de decisiones de conveniencia que no son propios de la función jurisdiccional.

Estos poderes para adoptar decisiones de conveniencia, riñen con la naturaleza propia de los órganos jurisdiccionales, cuyo único parámetro debe ser la aplicación de la ley, de acuerdo con el entendimiento de ella que adopte el propio órgano judicial. Esta inadecuación se presenta como un conjunto de poderes para la Fiscalía, donde tiene mejor presentación que se adopten decisiones de conveniencia. La realidad es que la Corte, en su Sala de Cuestiones Preliminares y en su Sala de Apelaciones, tiene que abordar las decisiones sobre la gravedad adicional y sobre esos otros intereses de la justicia. Campo más propio de órganos políticos y administrativos, que de uno jurisdiccional¹⁵³.

A.4 Artículos 17.1.c y 20: la cosa juzgada y las circunstancias de admisibilidad

El artículo 17.1.c se refiere a los asuntos o situaciones que han sido objeto de juicios en las jurisdicciones nacionales y hace una remisión al numeral 3 del artículo 20 donde se

¹⁵² *Ibíd.*, p. 260

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 264.

trata uno de los eventos en los cuales se da aplicación al principio de la cosa juzgada. Los textos de estas normas son los siguientes:

Artículo 17. 1. c.:

“c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20.”

Artículo 20

“Cosa juzgada

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

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

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

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o, b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”

El párrafo 1 c) del artículo 17, se refiere a la situación en la cual una persona ya fue enjuiciada por una jurisdicción nacional, y por lo tanto el asunto debe ser objeto de declaración de inadmisibilidad por parte de la Corte. Este apartado del artículo 17 no alude de manea directa a “falta de disposición” o “incapacidad” para enjuiciar, pero lo hace

mediante una remisión al párrafo 3 del artículo 20 donde se desarrolla el principio de la cosa juzgada cuando el caso ha sido objeto de juicio en un tribunal nacional.

En la circunstancia en que se haya celebrado un enjuiciamiento en un tribunal de algún Estado, la Corte no puede realizar un nuevo juicio, salvo que se presente alguna de las situaciones establecidas en el artículo 20.3, como veremos.

El artículo 20 en sus numerales 1 y 2 establece el principio de la cosa juzgada respecto a los juicios celebrados por la misma Corte Penal Internacional. El numeral 1 se refiere a la imposibilidad para la misma Corte de juzgar por los mismos crímenes a quienes ella misma ya juzgó. El numeral 2 establece la imposibilidad para otros tribunales de juzgar por los mismos crímenes a quienes ya fueron juzgados por la Corte.

El numeral 3 del artículo 20 establece el principio de la cosa juzgada respecto a crímenes que fueron juzgados por otros tribunales. En esta parte se introducen unas excepciones o salvedades en los cuales no se aplica el principio de la cosa juzgada, es decir, en los cuales la Corte Penal Internacional puede conocer de los actos cometidos así hayan sido objeto de juicios en otros tribunales. Tales excepciones o salvedades son similares a los que hace referencia el párrafo 2 del artículo 17, a saber, el propósito de sustraer el acusado de su responsabilidad (art. 20. 3. a) o, la falta de una instrucción independiente o imparcial, y la celebración del juicio de una manera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (art. 20. 3. b)¹⁵⁴.

Como puede verse el artículo 17.1.c establece la causal de inadmisibilidad de acuerdo con el principio de la cosa juzgada y el artículo 20. 3 establece la regulación precisa sobre su alcance, cuando se trata de casos ya juzgados en otros tribunales, y establece algunas excepciones. En efecto, el 20.3 introduce excepciones o salvedades en las cuales el principio de la cosa juzgada no opera, porque justamente se presentan algunas de las causales que justifican la activación de la jurisdicción complementaria de la Corte.

¹⁵⁴ El profesor Olásolo llama la atención sobre el problema de traducción al español del artículo 20. 3. b. donde dos importantes circunstancias, que ameritan la activación de la jurisdicción de la Corte así el asunto haya sido juzgado en alguna jurisdicción nacional (falta de independencia e intención de sustraer a la persona a la acción de la justicia), aparecen traducidas de manera disyuntiva, cuando en su versión inglesa y francesa aparecen en forma acumulativa, es decir, deben presentarse las dos circunstancias. Olásolo. Op. cit., p. 220.

B. LA ADMISIBILIDAD: ENTRE LOS PODERES DE LA CORTE Y EL DE LOS ESTADOS

B.1 La admisibilidad como límite y como potestad

Como ya vimos en el mapa de la complementariedad, la Corte tiene límites derivadas del alcance de su régimen de competencia. Una de las maneras de entender la jurisdicción de la Corte es como una extensión de la jurisdicción penal nacional de los Estados, por cuanto se funda en el territorio de ocurrencia de los hechos y la nacionalidad de los presuntos autores como factores determinantes de la competencia. Además, tiene unos límites fundamentales relacionados con la posibilidad de ejercer su jurisdicción, límites y potestades, que hacen parte del principio de complementariedad. La jurisdicción de la Corte se entiende de otro modo al evaluar las disposiciones de la admisibilidad, por cuanto ellas establecen un régimen donde la Corte no actúa como una extensión de los sistemas de justicia penal de esos Estados, sino que por el contrario allí se despliega el poder autónomo de la Corte, dentro del exigente marco legal configurado en el Estatuto¹⁵⁵.

Las normas sobre la admisibilidad de los asuntos o situaciones en la Corte, preservan el delicado equilibrio entre los intereses del Estado y los de la comunidad internacional¹⁵⁶. Se trata de los polos de tensión política que convergieron en el Estatuto en un difícil consenso que se refleja en los complejos diseños procesales tan característicos de los procedimientos en el Estatuto la Corte.

Los asuntos de admisión fueron redactado en forma negativa, se señalan las condiciones que conducirían a una declaración de inadmisión de la situación o del caso ante la Corte. Con tal redacción se confirma de manera tácita la presunción a favor de las jurisdicciones penales nacionales¹⁵⁷. Tal redacción negativa tiene significado importante en cuando envía el mensaje de que lo propio y lo normal es la declaración de la inadmisión de los asuntos o situaciones por parte de la Corte, por cuanto lo normal ha de ser que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales en materia de investigación y

¹⁵⁵ Broomhall, Bruce. “La Corte Penal Internacional: Visión General, y la Cooperación de los Estados”. *Nouvelles Etudes Penales*. 1999. En www.igc.org/icc/espanol/articulos (visitada en octubre 12 de 2007).

¹⁵⁶ Quesada Alcalá, Carmen. “La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal”. Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. Pp. 318 y ss.

¹⁵⁷ Alcalde, Joaquín. Op. cit., p. 10.

juzgamiento de graves crímenes internacionales. Además expresa, de manera implícita, el deseo de que las situaciones que sucedan, no sean de tal gravedad que amerite la actuación judicial de la Corte. A pesar de esto nos referiremos en forma positiva a esta regulación central del Estatuto, tal como se hace de modo recurrente en casi toda la bibliografía, donde este tema se denomina la admisibilidad.

En los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y las Comisión Preparatorias, en la Conferencia de Roma se dio desde el principio un apoyo mayoritario a la configuración de la Corte como jurisdicción de *última ratio*. Donde se le da a las jurisdicciones nacionales una primacía formal, y finalmente se le da a la Corte una primacía material extendida hasta la etapa del juicio. Primacía material que no se extiende hasta la etapa de ejecución de las sentencias de acuerdo con la literalidad, con la comprensión sistemática, y teleológica del Estatuto, según palabras del profesor Olásolo. Otras posturas promueven que por vía jurisprudencial la Corte ejerza la facultad de examinar actuaciones de los Estados durante la ejecución de las sentencias, por cuanto pueden presentarse decisiones que no correspondan con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (art. 20.3. b)¹⁵⁸.

B.2 Configuración dinámica del principio de complementariedad

Cuando la Corte verifica que la actuación de las jurisdicciones nacionales se adelanta de acuerdo con los parámetros de las normas sobre inadmisibilidad (art. 17.1, a, b, c.), debe rechazar la activación (arts. 15.4, 18.2 y 4, y 53.1, b). Si ya se adelantan procesos en la Corte deben desactivarse (art. 19). Se da en el Estatuto una configuración dinámica del principio de complementariedad, por la cual las posibilidades de actuación de la Corte y de las jurisdicciones nacionales alcanzan las fases de investigación, ejercicio de la acción penal, y declaración de la responsabilidad individual. Se excluye la fase de ejecución de la sentencia en firme condenatoria, a pesar de las posturas mencionadas a favor de la extensión jurisprudencial de la jurisdicción de la Corte a la evaluación de ciertas decisiones durante la ejecución de la sentencia¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Olásolo, Héctor. Op. Cit., p. 205 y ss.

¹⁵⁹ Holmes citado por Olásolo. Ibid., p. 206.

Por lo tanto hasta que no concluyan la fase de declaración de la responsabilidad, y lo sea de manera satisfactoria de acuerdo con los criterios del artículo 17, puede ponerse en juego ambas jurisdicciones, con la intención de desplazarse mutuamente. Este dinamismo coincide con las apreciaciones que se ha hecho sobre la concurrencia de las jurisdicciones y la situación preeminente o facultad de tutela¹⁶⁰.

De acuerdo con el artículo 17 (a, b, y c) y otros artículos relacionados, los hechos o circunstancias concretas que imposibilitan la activación de la jurisdicción de la Corte y que constituyen causas de inadmisibilidad, son las siguientes, de acuerdo con la sistematización del Profesor Olásolo¹⁶¹:

a) La CPI puede activar su jurisdicción con respecto a la situación de crisis objeto de la pretensión de activación ante la inactividad, incapacidad, o falta de auténtica disposición de todos los Estados con jurisdicción sobre la misma para investigar o enjuiciar de buena fe los delitos cometidos en ella (Arts. 15.4, 18.2 y 4, y 53.1).

b) Activada la jurisdicción abstracta de la CPI sobre una cierta situación de crisis, la CPI podrá iniciar un determinado procedimiento penal cuando tenga por objeto uno o varios delitos cometidos en aquella situación de crisis respecto de los cuales ningún Estado con jurisdicción sobre los mismos haya iniciado sus actuaciones, o tenga la capacidad o la auténtica disposición para enjuiciarlos e investigarlos de buena fe (art. 54).

c) Iniciado un procedimiento penal en la Corte Penal Internacional y en tanto este no haya concluido por la decisión de no confirmación de los cargos o el pronunciamiento de sentencia firme, la CPI deberá declarar la desactivación de su jurisdicción concreta sobre los delitos que constituyen su objeto, y archivar provisionalmente sus actuaciones. Tal desactivación se producirá cuando un Estado con jurisdicción sobre tales delitos inicie su investigación o enjuiciamiento de buena fe y los presente mediante los procedimientos de impugnación a la admisión previstos en el Estatuto (arts. 19.1, 19.2, 19.3 y 19.11).

¹⁶⁰ Supra. Nota 116.

¹⁶¹ Olásolo. Op. Cit., p. 208.

d) Desactivada la jurisdicción concreta de la CPI sobre uno o varios delitos concretos, ésta podrá activarse de nuevo, y las actuaciones podrán ser reabiertas, mediante declaración del órgano competente de la CPI cuando los Estados que estuviesen conociendo de los mismos no hayan seguido adelante de buena fe con sus investigaciones y enjuiciamientos (art. 19.10 y 19.11)

e) Pronunciada sentencia firme por la CPI, esta última asume jurisdicción exclusiva sobre su ejecución y precluye toda actuación de las jurisdicciones nacionales sobre los delitos objeto la misma (art. 20.2).

f) Pronunciada sentencia firme en un Estado, éste adquiere también jurisdicción exclusiva sobre su ejecución, siempre y cuando la CPI no declare que en dicha sentencia firme concurre alguna de las circunstancias previstas en el art. 20.3, como ya se vio.

Con esta manera dinámica de mantener vigente la jurisdicción del Corte y la jurisdicción de los Estados, consigue garantizar, mediante la apertura de actuaciones de buena fe, que los Estados cuenten con la posibilidad de poner fin a la actividad de investigación y enjuiciamiento de la Corte en cualquier momento anterior al pronunciamiento de sentencia firme. Al tiempo, se promueve el desarrollo eficaz y completo de las actuaciones de las jurisdicciones nacionales, se promueve, además, la actuación de las jurisdicciones nacionales aún después de iniciado el conocimiento del asunto por la Corte¹⁶².

Tal concurrencia dinámica de las jurisdicciones, aunada con la facultad general de cerciorarse en cualquier momento de su competencia y los dispositivos varios que facultan para impugnar la admisión de un caso, hasta antes de la sentencia, trae como resultado un estado de revisión permanente de la admisibilidad de los asuntos bajo el conocimiento de la Corte. Tal situación procesal de permanente apertura a la revisión de su jurisdicción y de suspensión de los procesos, finalmente actúa en detrimento de la jurisdicción de la Corte, pero promueve la actuación de los Estados¹⁶³.

¹⁶² *Ibíd.*, p. 209.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 210.

B.3 Legitimación de los Estados para adelantar sus actuaciones

El artículo 17, al configurar la supremacía formal de las jurisdicciones nacionales, no se refiere a restricciones basadas en los ámbitos temporales, personales y territoriales, por cuanto valora las actuaciones del “Estado que tiene jurisdicción”. Esto quiere decir que desde el punto de vista de los nexos de jurisdicción, no se ponen condiciones adicionales para la Corte y para los Estados en esta parte del Estatuto.

Por lo tanto, los Estados, pueden actuar con base en cualquier nexo establecido en el derecho internacional y reconocido en el derecho interno del Estado que reclame jurisdicción. En esta medida los Estados pueden actuar con base, incluso, en la jurisdicción universal en su concepto puro¹⁶⁴. Esta comprensión da plena cabida procesal y substancial a los propósitos del Estatuto sobre la superación de la impunidad y el papel del principio de complementariedad en este cometido. Como ya quedó dicho a propósito del Preámbulo del Estatuto.

Esta amplitud a la hora de reconocer legitimación activa a todos los Estados para hacerse parte en la decisión de admisibilidad contrasta con la limitación a los nexos territorial y de nacionalidad del sospechoso en la atribución de la jurisdicción a la Corte, exceptuando cuando el caso es remitido por el Consejo de Seguridad. En la Conferencia de Roma algunos Estados se opusieron al otorgamiento de jurisdicción universal a la Corte, pero acogieron el principio de jurisdicción universal de los Estados a la hora de configurar el principio de complementariedad. Se da un desequilibrio en el tratamiento del principio de universalidad en el Estatuto de Roma, por cuanto se reconoce la de las jurisdicciones nacionales y la de la Corte se reconoce sólo por la vía de las facultades del Consejo de Seguridad¹⁶⁵.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, p. 210.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 211.

C. LAS NORMAS DE ADMISIBILIDAD COMO COMPETENCIA DE LA CORTE SOBRE SU COMPETENCIA

C.1 El poder inherente de la Corte sobre la competencia y la jurisdicción

Las reglas procesales y algunas disposiciones substanciales sobre la competencia, la admisibilidad de los casos y la inhibición de la competencia por parte del Fiscal, operan como cláusulas de salvaguardia de las jurisdicciones nacionales en el régimen procedimental de la Corte. Otra valoración se hace de la facultad de la Corte de determinar judicialmente su jurisdicción sobre cada caso concreto y de interpretar el alcance y los límites de su propia competencia, en ejercicio de una facultad conocida como la “competencia de la competencia”. La cual es valorada como cláusulas a favor de la jurisdicción de la Corte y de preferencia de los valores de la Comunidad Internacional. También lo es la regulación del principio de la cosa juzgada en el Estatuto, donde se dota a la Corte de un poder preeminente¹⁶⁶.

Vale la pena advertir, de manera previa, que la versión en español del Estatuto no da un tratamiento riguroso a los términos competencia y jurisdicción a lo largo del texto. Se entiende que la jurisdicción hace referencia al poder jurídico para llevar a cabo funciones jurisdiccionales. De tal manera que el término jurisdicción se refiere a la potestad como una unidad, mientras el término competencia tiene un sentido más restringido y se refiere a la medida o los límites de tal poder, es decir al conjunto de normas que determinan el ámbito personal, territorial y material dentro del cual se ejerce tal poder. Muchas veces en el Estatuto se utiliza la palabra competencia para referirse a la potestad jurisdiccional de la Corte¹⁶⁷.

Por lo tanto cuando se acude a la fórmula de interpretación de la profesora Quesada Alcalá quién habla de la competencia sobre la competencia, se puede entender que se habla de competencia sobre la jurisdicción pero también con mayor razón sobre la competencia.

Mediante esas facultades a favor de la jurisdicción de la Corte se pone en acto la posición preeminente de la CPI o facultad de tutela, de la que se habló antes, frente a las

¹⁶⁶ Quesada, Alcalá. Op. cit., p. 319.

¹⁶⁷ Olásolo. Op. Cit., p 132 y 133.

jurisdicciones nacionales. Estas son desplazadas en su función de administrar justicia en los graves casos de competencia de la Corte cuando apercibe de manera afirmativa el poder de admisión de un asunto o situación. La posesión de este poder en la Corte se ha denominado la “conurrencia preferente de la CPI” sobre las jurisdicciones nacionales, como también se dijo atrás¹⁶⁸.

El principio de complementariedad se expresa, a nivel procesal, en dos tipos diferentes de control, el control de la competencia y el control de la admisibilidad del asunto. Lo importante respecto a ésta decisión es el órgano encargado de tomarla, la propia Corte. Aunque los Estados tienen un alto grado de participación en los procesos de la Corte Penal Internacional, también, lo es que ésta importante decisión no quedó radicada en ninguno de los Estados intervinientes en los procesos. A partir de cierto momento y sobre ciertos aspectos sustanciales, las manifestaciones de voluntad de los Estados ya no cuentan y se estabiliza el ejercicio de la jurisdicción de la Corte. Se despliega el poder inherente a su jurisdicción y la Corte ejerce el poder de verificar y confirmar su propia competencia.

De esta manera, el Estatuto aplica un principio clásico de jurisdicción de los órganos judiciales, cuando se trata de crear un poder judicial independiente y dotado de las capacidades suficientes para garantizar un conjunto de valores incorporados en un ordenamiento jurídico. Los poderes judiciales, en el mejor de los casos, deben poder decidir sobre el alcance de su propia competencia, debe contar con la competencia sobre su propia competencia, es decir, ser juez de su propia jurisdicción. Con esto se asegura, en gran medida, el establecimiento de una Corte independiente y viable¹⁶⁹.

La incorporación de este poder jurisdiccional en el Estatuto, se previó en el proyecto de 1994 donde se incluía la capacidad de la Corte para decidir sobre la admisibilidad de los casos. A pesar de las oposiciones que se expresaron, desde ese entonces, se proyectaba tal poder para la Corte, de modo que ella pudiera decidir si los tribunales nacionales están en disposición y son efectivos para ejercer la jurisdicción sobre los graves crímenes de derecho internacional¹⁷⁰. Sin embargo, el estándar actual sobre admisibilidad se alcanzó durante la cuarta sesión del Comité Preparatorio en agosto de 1997, luego de difíciles negociaciones. La

¹⁶⁸ Supra. Nota 116.

¹⁶⁹ Quesada. Op. cit., 320.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 320.

discusión sobre los aspectos centrales acordados no fue reabierto en adelante, por lo difícil y sensible del asunto y por las dificultades políticas en que se dio la redacción y aprobación del Estatuto¹⁷¹.

La jurisprudencia del Tribunal de la ex Yugoslavia contribuyó en ese punto al afirmar su competencia sobre su competencia. En una decisión de la Sala de Apelaciones en el caso Tadic, se argumentó que si bien ninguna norma de su Estatuto contenía tal facultad, ninguna de ellas se oponía a que ella se ejerciese. Se afirmó que tal competencia era necesaria e inherente al ejercicio de la función judicial, y que no necesita quedar consignado en los instrumentos constitutivos de los tribunales. De manera semejante a como ocurre en muchos sistemas judiciales, en Colombia cada juez decide si es competente del caso y puede generar las colisiones de competencia que considere necesarias, las cuales pueden ser resueltas a favor del tribunal que reclama competencia, de no serlo interviene una autoridad judicial superior para fijar la competencia. No ocurre lo propio en los tribunales internacionales, donde no hay una estructura judicial que genere otros órganos, igualmente judiciales, que puedan resolver conflictos de competencia. Atribuir a un órgano de naturaleza no judicial ésta decisión, sería limitar de manera severa el poder de un tribunal internacional. Ideas que gravitaron en la elaboración del Estatuto, donde se consideró dar tal atribución al Consejo de Seguridad, o a los Estados mismos.

La decisión del Tribunal *ad hoc* generó un importante referente para que se consagraran normas que dieran tal competencia a la CPI. Tal decisión tomó como base facultades similares de tribunales en el ámbito internacional como los tribunales arbitrales y el propio Tribunal Internacional de Justicia en el artículo 36.6 de su propio Estatuto.

El Comité Preparatorio en 1997, en consultas informales abordó el tema de la competencia de la competencia a la luz del artículo 24 del proyecto de Estatuto de 1994. Se estipulaba allí que la Corte ha de apreciar su propia competencia en todo asunto que le fuera sometido a su conocimiento. Se consideró la introducción de la competencia sobre la competencia junto a la complementariedad, mientras otras voces proponían la separación de ambas figuras, lo que finalmente fue adoptado¹⁷².

¹⁷¹ Bergsmo, Morten. “El Régimen de Competencia en la Corte Penal Internacional (parte II, artículos 11 a 19)” en Kai Ambos. Op., cit., p. 204.

¹⁷² Quesada. Op. cit., p. 321.

La facultad de la competencia sobre la competencia, se encuentra consagrada en el artículo 19.1 del Estatuto, donde se establece que “La Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas. La Corte podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17”. De esta manera la propia Corte quedó investida de la capacidad para determinar la pertinencia del ejercicio de su competencia en cada causa concreta.

A pesar de la separación sostenida por algunos autores, la disposición sobre la verificación de la competencia es una norma de desarrollo del principio de complementariedad. Porque es la propia Corte quién decide sobre los hechos que dan lugar a la inadmisión o admisión de la causa de acuerdo con el contenido del artículo 17. La Corte verifica y otorga las consecuencias jurídicas a la falta de disposición o incapacidad del Estado para investigar y juzgar los crímenes de su competencia, así como la gravedad suficiente del asunto para justificar la realización de un proceso penal ante ella misma. Es mediante la admisión de un caso como la Corte afirma su jurisdicción.

C.2 La competencia sobre la competencia como primacía material de la Corte sobre las jurisdicciones nacionales

La competencia sobre la competencia configura el verdadero poder de la Corte Penal Internacional y en esta medida se convierte en la esencia del amplio concepto de la complementariedad. Por supuesto que el poder de investigar y juzgar crímenes y criminales por parte de la Corte es un poder real que puede tener enormes efectos en la vida de las naciones y en el curso de los conflictos. Pero el verdadero juego de factores de poder dentro de la política internacional se da en torno a la decisión de la admisibilidad de los asuntos o casos en la Corte.

Resulta importante ver la interesante sistematización que el Profesor Olásolo hace de esta competencia (la competencia sobre la competencia) como el principio de primacía material de la Corte frente a las jurisdicciones nacionales.

El Estatuto de Roma ha generado un conjunto de facultades y dispositivos procesales que dan como resultado la configuración de la primacía material. Al ejercitarse la admisión de la causa se desplaza a las jurisdicciones nacionales, así sea temporalmente,

de su primacía formal en el Estatuto. De no haberse radicado este poder en la misma Corte, se hubiera impedido su actuación, y el esfuerzo de su creación se hubiera desperdiciado, posiblemente hubiera surgido como un organismo internacional ineficaz o con una existencia puramente formal.

No sólo el artículo 19.1 consagra la competencia de la Corte sobre su propia competencia o su supremacía material, sino también los artículos 15.3 y 4, 18, 53.1 y 2. En estas disposiciones es la Corte la que decide sobre la primacía formal de las jurisdicciones nacionales, y por la tanto decide la activación de la jurisdicción de la Corte. En ejercicio de esta facultad la Corte adquiere la primacía material¹⁷³.

En los artículos 17 y 20 se precisa el verdadero alcance del principio de primacía material de la Corte. Allí se radicó en la Corte el poder jurídico para declarar la inacción, la "falta de disposición" o "la falta de capacidad" de los Estados respecto a la situación de crisis objeto de la pretensión de activación. Con la declaración sobre estos hechos la Corte desplaza las jurisdicciones nacionales, así sea temporalmente, como ya se dijo. Los cuales puede cesar y reasumir hasta su asunción en firme y a plenitud antes de dictar sentencia.

En la sistematización que venimos exponiendo, se encuentran un conjunto de circunstancias y criterios jurídicos que guían tal decisión de la Corte y que surgen de una lectura acumulativa de los párrafos 1 y 2 del artículo 17:¹⁷⁴

- a) La existencia o no de investigaciones o enjuiciamientos en curso, o de autos de sobreseimiento o sentencias firmes, en aquellos Estados que, conforme a sus ordenamientos jurídicos internos, tienen jurisdicción sobre la situación de crisis o el asunto de que se trate.
- b) La existencia o no en los Estados actuantes, a la luz de los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional, de un propósito de sustraer de su responsabilidad penal individual a las personas investigadas o enjuiciadas.
- c) La existencia o no, a la luz de los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional, de una demora injustificada en las

¹⁷³ Olásolo. Op. Cit., p. 228.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 228 y 229.

actuaciones de los Estados actuantes que sea incompatible con la intención de hacer comparecer ante la justicia a las personas investigadas o enjuiciadas.

d) La existencia o no, a la luz de los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional, de una falta de independencia o imparcialidad en la sustanciación de las actuaciones de los Estados, de manera que sea incompatible con la intención de hacer comparecer ante la justicia a las personas investigadas o enjuiciadas.

e) La carencia de una administración de justicia en los Estados actuantes o el colapso total o parcial de la misma.

Como consecuencia de lo anterior, en concordancia con otras normas del Estatuto (arts. 15.3 y 4 ER, 18, 19, 20. 3 y 53.1 y 2), la Corte tiene el poder jurídico para conocer de:¹⁷⁵

a) Los procedimientos penales abiertos por las jurisdicciones nacionales de los Estados Partes y no Partes del Estatuto para declarar:

(i) Su respeto o no a los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional.

(ii) La existencia o no de una demora injustificable en su tramitación.

(iii) La existencia o no de una falta de independencia o imparcialidad en su tramitación.

(iv) La existencia o no de un propósito de sustraer a la persona investigada o enjuiciada a través de su tramitación o, al menos, la incompatibilidad de su tramitación con la intención de hacer comparecer ante la justicia a la persona de que se trate.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 229.

b) Los autos de sobreseimiento y las sentencias firmes dictadas por las jurisdicciones nacionales de los Estados Partes y no Partes a los efectos de declarar:

(i) Si su forma y contenido respeta o no los principios de un proceso con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional.

(ii) Si su contenido refleja o no una falta de independencia o imparcialidad.

(iii) Si su contenido refleja o no la existencia de un propósito de sustraer a la persona investigada o enjuiciada de su responsabilidad penal, o, al menos, es incompatible con la intención de hacer comparecer ante la justicia a la persona de que se trate.

De acuerdo con lo dicho, es necesario evidenciar el conjunto de consecuencias jurídicas de las decisiones de activación. Por las actuaciones de buena fe de las jurisdicciones nacionales, las decisiones de inadmisibilidad proferidas por la Corte tienen como consecuencia¹⁷⁶:

a) impedir la activación de la jurisdicción abstracta de la Corte respecto a la situación de crisis objeto de la pretensión de activación;

b) o provocar la desactivación de la jurisdicción concreta de la CPI sobre un determinado asunto o caso.

Por su parte, las decisiones de admisibilidad permiten:

a) la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI si concurren los cinco presupuestos adicionales para la activación;

b) o la reactivación de la jurisdicción abstracta de la CPI sobre el "caso", "causa" o "asunto" de que se trate, y la consiguiente re-apertura de las actuaciones.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 230.

Las decisiones sobre admisibilidad o inadmisibilidad proferidas por la Corte no producen, *per se*, ningún efecto en los ordenamientos internos. Pero desde el punto de vista de las obligaciones de cooperación de los Estados con la Corte, ellos deben quitar efecto o valor jurídico a las providencias y decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, que hayan dado lugar a la decisión de la Corte por alguna de las circunstancias previstas en los artículos 20.3 del Estatuto. Este artículo, en concordancia con el 17. 1. c. consagra el principio de la cosa juzgada, que contiene una prohibición para la Corte de procesar a quien ya ha sido procesado por los mismos hechos, salvo las circunstancias a las que ya se ha hecho referencia sobre la buena fe en las actuaciones y la independencia e imparcialidad de las mismas. De no removerse la validez de las providencias internas, el principio de la cosa juzgada, impediría la colaboración de los Estados con la Corte, frente a cada caso o asunto.

La remoción *ipso jure* de las providencias al interior de los Estados por la sola decisión de la Corte, por ejemplo, por vía de nulidad de pleno derecho, desconocería la existencia de dos ámbitos jurídicos distintos y dos jurisdicciones diferentes. Además se corre el peligro de convertir la Corte Penal Internacional en una Corte de apelación o de revisión. No resulta acertado desde el punto de vista técnico, ni conveniente generar este tipo de atribuciones y conexiones procesales entre jurisdicciones distintas.

Justamente por eso se estipula en el Estatuto, y como corresponde con una jurisdicción distinta a la nacional, un proceso de activación propio para poner en movimiento la jurisdicción de la Corte y dar inicio a un proceso penal nuevo e independiente de otro o de otros que se hayan dado en otras jurisdicciones.

La ambigüedad de las nociones relacionadas con la voluntad de los Estados da a la Corte un margen de discrecionalidad, que contrasta con la amplia definición de los ámbitos personal y temporal del principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales. Se produce, además, una importante dosis de inseguridad jurídica sobre la eficacia de las actuaciones de las jurisdicciones nacionales, sobre todo de sus resoluciones firmes¹⁷⁷.

Las diversas ocasiones que tienen los Estados para impugnar la jurisdicción de la Corte, puede haber significado el sacrificio de su potencial en la investigación y enjuiciamiento de los más graves crímenes del derecho internacional¹⁷⁸. Esto por cuanto la

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 231.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 232.

configuración procesal presenta varias posibilidades para poner a la Corte en movimiento o para suspender su actuación.

En los procesos de negociación del Estatuto, fue central, la cuestión de quién tendría el poder jurídico para reconocer y dar aplicación al principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la CPI, y para poner en movimiento la primacía material de la Corte una vez se constatan los hechos que justifican la admisión de un caso o asunto. Al radicarse tal poder en la Corte se convierte el principio de primacía de las jurisdicciones nacionales, en un principio de carácter formal¹⁷⁹, porque el ejercicio y los contenidos sustanciales de tal decisión terminan por darle a la Corte una primacía material, donde ella tiene la última palabra, tanto desde el punto de vista procesal, como sustancial en tal decisión.

C.3 La admisión de un asunto en la Corte: una decisión substantiva o material

La admisibilidad como un aspecto central del Estatuto, de cara a una decisión judicial, conlleva la pregunta por el carácter jurídico de la decisión de que Estado no tiene la disposición o la capacidad para llevar a cabo las investigaciones o enjuiciamientos iniciados sobre el caso de que se trate. Se trata de decisiones constitutivas de un proceso ante la Corte, al margen del momento procesal en que ellas se profieran, por cuanto pueden darse para suspender la actuación de la Corte o para asumirla. Se trata también de decisiones substantivas o materiales, no en materia de responsabilidad penal de procesado, sino sobre un conjunto de actuaciones o situaciones de los Estados con relación a los procesos judiciales internos sobre los crímenes de competencia de la Corte.

Por ambos elementos, el examen de la indisposición y el de la incapacidad, la Corte se encuentra avocada, a hacer un juicio de valor sobre situaciones que involucran aspectos subjetivos, así como hechos relativos a situaciones o circunstancias de las instituciones del Estado, lo cual debe hacerse con base en un conjunto de elementos probatorios. Tal examen conlleva una valoración del funcionamiento de las jurisdicciones nacionales, la intención de

¹⁷⁹ Olásolo, Héctor. Op. cit. p. 227.

éstas, e incluso su independencia respecto de los poderes políticos del Estado correspondiente¹⁸⁰.

Las cuestiones de admisibilidad del artículo 17 concentran los aspectos substanciales o materiales de tal decisión. Se trata de la evaluación sobre hechos, circunstancias y situaciones, pero también sobre conductas, intenciones y comportamientos de funcionarios que se dan en el desempeño de una institucionalidad concreta. En estos dos elementos, la incapacidad o la indisposición, se encuentra el núcleo de la admisibilidad, se puede decir, el núcleo de la complementariedad de la Corte Penal Internacional. Se determina, en ese momento, si existe un Estado con jurisdicción sobre el crimen en cuestión por cumpla con las exigencias de disposición y capacidad para investigar y enjuiciar el crimen de trascendencia para la comunidad internacional.

Los aspecto subjetivos se engloban en la expresión “no esté dispuesto” (art. 17.1, a y b); la cual es desarrollada (17.2) como un conjunto de circunstancias como el propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad (art. 17.2, a), una demora incompatible con la intención de hacer comparecer (art. 17.2, b y c), como ya se indicó atrás.

Con base en estas normas, la Corte está facultada para examinar la buena fe en los procesamientos judiciales surtidos en las jurisdicciones nacionales. El examen de la buena fe valora las actuaciones en su oportunidad, pertinencia, conducencia, regularidad, eficacia y celeridad, que indican la recta intención de llevar a cabo un proceso judicial serio y transparente. Es decir, mira que las actuaciones de las jurisdicciones de los Estados estén realmente orientadas y encaminadas a arrojar verdad sobre los hechos y a establecer la relación del sospechoso con ellos. El examen de admisibilidad, en materia de disposición de los Estados, finalmente emite un juicio sobre la sinceridad y la buena fe con que se conducen las investigaciones y los juicios en las jurisdicciones de los Estados¹⁸¹.

La ambigüedad de la noción de "falta de disposición" de los Estados en sus actuaciones respecto al caso o asunto, da a la Corte un margen de discrecionalidad, que puede compensar la amplia definición de los ámbitos personal y temporal del principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales, al que ya se aludió.

¹⁸⁰ Quesada. Op.Cit., p. 326.

¹⁸¹ Philips, Ruth B. “The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and Admissibility”. Criminal Law Forum. 10. 1999, p. 77.

La decisión sobre la incapacidad del Estado puede resultar más evidente por cuanto no se trata de valorar actuaciones, sino de constatar hechos que pueden aparecer de manera clara e inequívoca, como el colapso total o substancial de su administración nacional de justicia o carece de ella. En estos casos y por tal razón no puede hacer comparecer al acusado y no puede disponer de las pruebas. Además por razones asociadas a la incapacidad no puede adelantar el juicio.

Las decisiones sobre admisibilidad, la Corte actúa de acuerdo con su configuración como una jurisdicción de *ultima ratio*. Se trata de un ámbito institucional final, el ejercicio de un poder en la cumbre, que al tiempo no constituye ni un recurso judicial o una instancia dentro del proceso. Este poder final sólo se activa ante hechos, que resulten lesivos para los valores de la Comunidad internacional. Estos hechos son la inacción, falta de auténtica disposición o incapacidad de las jurisdicciones nacionales para adelantar los procesos por graves crímenes de derecho internacional.

C.4 Entre la autonomía del Fiscal y las facultades de la Corte

El inicio de los procedimientos de admisión en la Corte se inicia con las remisiones por parte de los Estados Parte, del Consejo de Seguridad o por el ejercicio de las facultades del Fiscal con base en las denuncias recibidas. La expresión que se utiliza el artículo 19.1 para el examen de las competencias se refiere a cualquier “causa” que le sea sometida. Se puede entender que tales “causas” son hechos y conductas más depuradas que la “situación”, a las que también se alude y que son remitidas a la Corte inicialmente, de acuerdo con los artículos 13, 14 y 18 del Estatuto de Roma. La “causa” puede indicar que se ha producido una imputación en el contexto de la investigación de una “situación”. O que se trata de situaciones procesales que van más lejos y en las cuales se haya acusado a algún o algunos individuos¹⁸².

El contexto completo del artículo 19, sugiere que la impugnación de la decisión sobre la competencia de la Corte, puede hacerse a lo largo del proceso judicial, y el límite sólo está puesto en etapas avanzadas del proceso, es decir antes de la iniciación del juicio o al inicio del mismo. De manera excepcional la Corte puede autorizarla en una fase ulterior

¹⁸² Quesada Alcalá. Op. cit., p. 322.

al juicio. Por su parte las Reglas de Procedimiento y Prueba guardan silencio sobre cuál tipo de actuación por parte de los Estados es la que se somete a consideración de la Corte en este momento.

En esta parte hay que tener claro que la Corte no tiene la obligación de determinar que tiene jurisdicción sobre la investigación de una situación que está siendo conducida por el Fiscal. Porque este goza de cierto nivel de autonomía y en ésta materia sólo se pronuncia la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) a petición del Fiscal, cuando el mismo se ha rehusado a aceptar la solicitud de inhibición tramitada por un Estado porque se encuentra adelantando una investigación sobre la situación o el asunto. La Sala puede autorizar la prosecución de la investigación, en un pronunciamiento “rogado” por cuanto se hace es por solicitud del Fiscal (art. 18.2 ER).

Cuando el Estado o el Consejo de Seguridad hubieren remitido una situación, podrán solicitar a la SCP el examen de lo dispuesto por el Fiscal, cuando este adopte la decisión de no adelantar la investigación por las razones “normales” del listado establecido en el artículo 53. Es decir, por que no hay fundamento razonable para creer que se han cometido crímenes de competencia de la Corte, o porque la causa es inadmisibles de acuerdo con el artículo 17. Dada una decisión en este sentido, la Sala podrá pedirle al Fiscal revisar su decisión. Cuando la decisión de no adelantar la investigación se fundamenta en la idea de que no redundaría en interés de la justicia, el nivel de autonomía es menor, como veremos enseguida.

El nivel de autonomía es menor cuando el Fiscal decide no adelantar la investigación por las razones “excepcionales”, es decir, porque considera que el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia (art. 53 1.c y 2.c.) y el examen de la situación se origina en una remisión de un Estado o en el Consejo de Seguridad. En este caso la Sala de Cuestiones Preliminares puede examinar tal decisión de oficio o por solicitud de alguno de los remitentes (art. 53.3.b.) y podrá decidir de manera vinculante el inicio de la investigación. El nivel de autonomía del Fiscal es menor por el tipo de causal invocada para no iniciar la investigación.

Como puede apreciarse, el Fiscal cuenta con una autonomía controlada para determinar la competencia de la Corte al iniciar una investigación, de no ser así se minaría la efectividad de la Corte. Tal facultad debe respetar los derechos de los Estados, en salvaguardia

de principio de complementariedad, por ello los Estados pueden formular solicitudes de revisión de éstas decisiones si estiman que el Fiscal no está respetando las reglas de jurisdicción de la Corte. La profesora Quesada, llama a estas solicitudes de examen de las decisiones, impugnaciones¹⁸³. Es posible, de acuerdo con una mirada comparativa de las normas de impugnaciones en el Estatuto, que estas no lo sean en sentido propio.

En suma el Fiscal puede inhibirse y el Estado insistir (Art. 18.2), además el Fiscal puede decidir no investigar porque el caso no redunda en interés de la justicia, pero si el asunto había sido remitido por un Estado o por el Consejo de Seguridad (art. 53 3.b), la decisión es revisada por la SCP. En ambos casos la Sala de Cuestiones Preliminares se pronuncia de acuerdo al poder inherente de la Corte de determinar su propia jurisdicción y por lo tanto constituye una forma de ejercicio de la competencia de la competencia¹⁸⁴.

D. LA ELABORACION DE LAS CAUSALES DE ADMISIBILIDAD

D.1 Proceso de elaboración de las normas sobre “falta de disposición” e “incapacidad” de los Estados

Se retoman los procesos de elaboración de las normas, en este caso las normas concretas sobre admisibilidad para percibir la depuración de conceptos, también para contrastar con otros que se pusieron en juego, los que fueron dejados de lado, y entender mejor los que fueron incorporados en el Estatuto.

La mirada a algunos antecedentes en el proceso de elaboración de estas causas o excepciones de admisibilidad o inadmisibilidad en el Estatuto, a pesar de los márgenes de discrecionalidad y de ambigüedad que contienen, permite constatar, también, que se trato de un proceso de decisión difícil. Se avanzó de proyectos de normas menos precisos a otras que ganaron en el nivel de precisión.

Desde 1994, el artículo 35 del proyecto de Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional ya contemplaba algunos criterios para determinar cuándo un caso debía ser inadmisibile ante la Corte, al proyecto de artículos decía:

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 322.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 322.

“A instancias del acusado o a petición del Estado interesado formuladas en cualquier momento antes del juicio oral, así como por iniciativa propia, la Corte podrá (...) decidir que el asunto que se ha sometido a su consideración no es admisible porque el crimen de que se trata:

- a) ha sido debidamente investigado por el Estado que tiene jurisdicción sobre el y la decisión de no entablar procedimiento está aparentemente bien fundada;
- b) es objeto de instrucción por parte del Estado que tiene o puede tener jurisdicción sobre el y no hay motivo para que la Corte por el momento tome ninguna otra decisión al respecto; o
- c) no es de la gravedad suficiente para justificar la intervención de la Corte.”

Como puede apreciarse se trataba de un proyecto con normas generales y bastante ambiguas, con amplios márgenes de discrecionalidad para la admisión de un asunto.

El test para determinar la decisión de la Corte en el primer caso es la exigencia de que la decisión del Estado de no entablar procedimiento estuviese “bien fundada”, en el segundo caso que no hubiese “motivo para que la Corte tome por el momento ninguna otra decisión al respecto”¹⁸⁵. Los trabajos del Comité Preparatorio durante 1996 dejaron el mismo texto que venía de la Comisión de Derecho Internacional¹⁸⁶. Se trató de proyectos de normas bastante genéricos y ambiguos, que dejaba un amplio margen de discrecionalidad para la decisión de admisibilidad.

Algunas delegaciones sostuvieron que el factor de falta de la voluntad o disposición del Estado se podría prestar para que los Estados bloquearan la jurisdicción de la Corte. Por cuanto se podría dar inicio a investigaciones o enjuiciamientos con el fin de proteger a los perpetradores de los crímenes y con ello buscar desactivar las actuaciones de la Corte.

El texto que se incluyó en el Informe de Comité Preparatorio de abril de 1998, incluye la falta de disposición y la incapacidad. El acuerdo preliminar se había logrado en una sesión de trabajo especial realizada en Zuthfen (Holanda) del 19 al 30 de enero de 1998. Sobre esa base se tomaron las decisiones en la Conferencia de Roma.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p.325.

¹⁸⁶ Report of the Preparatory Committee. En “ICC Compilación”. *Op. cit.*, p. 405 y 406. “The International Criminal Court: the Making of Rome Statute, Issues, Negotiations, Results”. *Op. Cit.*, p. 45.

Respecto al concepto de “incapacidad” el proyecto enviado por el Comité Preparatorio recurría al concepto de “falta de capacidad efectiva” el cual fue cambiado luego por el de “falta de capacidad real” del Estado. Se creía que hablar de capacidad efectiva permitía un amplio margen de actuación para la Corte¹⁸⁷.

En la Conferencia de Roma, la incapacidad del Estado como criterio de admisibilidad estaba aceptado de modo general; no contaba con la misma aceptación, el factor de la falta de disposición del estado para adelantar las investigaciones y los juicios. Finalmente, tras un virtuoso proceso de negociaciones diplomáticas, muchas veces narrada en los textos sobre el Estatuto, se llegó a la fórmula que se refleja en el texto del Estatuto en los artículos 17 a 19. Allí quedaron consagrados las disposiciones substancias o materiales para la decisión de admisibilidad, así como los mecanismos procesales a través de los cuales se surte esta decisión y las recursos procedentes hasta que ella queda en firme.

Un grupo de Estados y de organizaciones no gubernamentales propugnaron porque, además de la activación de la jurisdicción de la Corte por razones de incapacidad, también se activara por la falta de efectividad de los procesos de investigación y juzgamiento¹⁸⁸. Por otra parte un grupo de delegaciones abogaban por la no inclusión de expresiones y criterios con componentes subjetivos como: “aparentemente fundada”, “efectiva” o “inefectiva”, “buena fe” y “diligente”, porque según su parecer daban a la Corte un margen de discrecionalidad muy grande en detrimento de las potestades del Estado¹⁸⁹.

En materia de cosa juzgada se sostuvieron dos posiciones, de un lado quienes rechazaban cualquier intervención de la Corte sobre causas ya juzgadas o proponían un conjunto de criterios restrictivos para hacerlo. Por otro, muchas delegaciones y organizaciones no gubernamentales propendían por un margen de discrecionalidad para actuar por parte de la Corte, cuando las Estados no hubieran actuado de buena fe en el adelantamiento de los procesos.

El proceso de negociación entre estas dos posiciones en la Conferencia de Roma, dio como resultado los actuales artículos 17 y 20 del Estatuto. En estos artículos se dio configuración a uno de los seis presupuestos para la activación de la Corte y su configuración como la jurisdicción de *ultima ratio*. De acuerdo con el Profesor Olásolo, por

¹⁸⁷ Olásolo, Héctor. Op. cit., p. 226

¹⁸⁸ Ibid., p. 201.

¹⁸⁹ Quesada. Op. cit., p. 329

un error de sistematización en la confección del texto, se introduce una causal o excepción de activación adicional (art. 17 1, d), se trata de la suficiente gravedad de los delitos cometidos. Esta excepción guarda correspondencia con el principio de oportunidad en el proceso de activación, que puede ejercer, sobre todo, el Fiscal de acuerdo con las normas que lo facultan para el inicio de una investigación.

Los esfuerzos en la Conferencia por parte de algunos Estados se orientaron a quitar márgenes de discrecionalidad a la futura Corte a la hora decidir sobre admisibilidad. Con la intención de poner elementos que dieran mayor objetividad a la decisión de la Corte, se incluyó la norma que hoy es el párrafo 3 del artículo 17. Allí se establece que la determinación de si hay disposición de actuar en un asunto por parte de un Estado, se hará con base en los principios de un proceso con las debidas garantías de acuerdo con el derecho internacional.

La disposición o indisposición de los Estados se desarrolla en tres situaciones que deben ser examinadas por la Corte: a) que el juicio esté o haya estado en marcha o que la decisión nacional se ha ya tomado para sustraer a la persona de la responsabilidad respecto a graves crímenes de competencia de la Corte; b) que haya habido una demora injustificada en el juicio que sea incompatible con la intención de hacer comparecer la persona ante la justicia; c) que el proceso no haya sido o no esté siendo substanciado de una manera independiente e imparcial.

El conjunto de elementos que conforman el artículo 17 se explican dentro de estos esfuerzos por quitar márgenes de discrecionalidad a las decisiones de admisibilidad, de dar mayor certeza y objetividad a las circunstancias y criterios de dicha decisión. Dentro de éste propósito se explican las referencias a normas y conceptos del derecho internacional de los derechos humanos en el artículo 17, a saber: a) principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas en el derecho internacional (art. 17.2); b) una demora injustificada (art. 17. 2. b), donde se alude a los criterios de una “plazo razonable” para los procesos penales elaborados en el derecho internacional; substanciación de un proceso de manera independiente e imparcial (art. 17. 2. c.), de acuerdo con los criterios del debido proceso y las garantías judiciales.

Por su parte el examen de la incapacidad del Estado, fue aceptada de manera más fácil, y no suscitó las prevenciones de las normas sobre indisposición del Estado, por

cuanto no conlleva una evaluación de las actuaciones. La incapacidad hace referencia a situaciones de conflictos y situaciones en los cuales colapsan total o parcialmente las administraciones de justicia de los Estados. Sobre esta materia la comunidad internacional, ha propiciado intervenciones de distinto orden y con base en la Carta de las Naciones Unidas.

CAPÍTULO IV

LA FALTA DE DISPOSICIÓN Y LA INCAPACIDAD DE LOS ESTADOS PARA INVESTIGAR Y JUZGAR LOS GRAVES CRÍMINES DE COMPETENCIA DE LA CORTE

A. LA FALTA DE DISPOSICIÓN DE LOS ESTADOS

A.1 Elementos subjetivos y elementos de situación

Como ya se vio antes, los párrafos 2 y 3 del artículo 17 desarrollan el contenido de los conceptos generales o causales de admisibilidad (17.1) y dan los parámetros, todavía generales, que guían las decisiones de la Corte en éstas materias. El párrafo dos (17.2) hace un desarrollo de aquellas causales genéricas mediante un listado de tres circunstancias de "falta de disposición" de los Estados. Este listado se caracteriza por aludir a elementos relacionados con la voluntad de los Estados y por lo tanto con comportamientos que se entienden como intencionados. Así como a elementos de situación que pueden constarse en la marcha de los procesos en las jurisdicciones nacionales.

Como se dijo atrás, se trata del examen de elementos subjetivos en las actuaciones de funcionarios y de instituciones como parte del sistema de administración de justicia del Estado de que se trate. En dichos actos se manifiesta la voluntad del Estado en el procesamiento de los crímenes de competencia de la Corte. Tales elementos subjetivos son deducidos de los contenidos de las decisiones y de la forma como se conducen los procesos penales en las jurisdicciones nacionales. En algún momento podrán ser relevantes para evaluar la voluntad del Estado pronunciamientos o decisiones de otras autoridades del ejecutivo o del legislativo.

Con base en las tres circunstancias del artículo 17.2 se examinará la voluntad del Estado para investigar y enjuiciar. Algunos comentaristas han interpretado el despliegue de estos elementos objeto de indagación de la Corte, como un intento por dar objetividad a la decisión a través de este conjunto taxativo de elementos o criterios, que deducen del modo

de conducir las investigaciones y los enjuiciamientos, la voluntad real de hacerlo. Para esto la Corte hará una constatación basada en todas las circunstancias, incluyendo los elementos objeto de indagación dentro de las actuaciones judiciales y las decisiones allí tomadas.

Hay otros elementos del artículo que llevan a la Corte a examinar situaciones o hechos que directamente no constituyen conductas o comportamientos de los Estados a través de sus funcionarios. Estos elementos no constituyen de manera directa una intención o un elemento asociado de manera directa con la voluntad. Se trata de verificar la existencia de un proceso de investigación o enjuiciamiento, es decir, se verifica la existencia de procesos penales en curso con sus respectivos productos procesales. La situación del los procesos penales debe ser relacionados con los elementos subjetivos o intencionales para determinar la decisión de la Corte.

Estas circunstancias con elementos subjetivos o intencionales, se distinguen, de manera clara, de los elementos del párrafo 3, donde se desarrolla la causal de admisibilidad por incapacidad del Estado. Allí se hace referencia sólo a elementos relativos a una situación manifestada en la parálisis de las actuaciones o su no iniciación, por razones ajenas a la voluntad de los funcionarios, como parte de un andamiaje institucional en situación de inoperancia o precariedad.

Alguno de los elementos subjetivos o de intención del párrafo 2 que deben ser examinados, probados y demostrados por la Corte para declarar la admisión de un caso, son los siguientes:

- 1) La existencia de un propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal a través de la tramitación de un juicio en curso o suspendido.
- 2) Se presenta una demora injustificable en su tramitación, incompatible con la intención de hacer comparecer ante la justicia a la persona de que se trate.
- 3) Se da una falta de independencia o imparcialidad en el trámite del proceso, y hay o hubo un proceso incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

La primera de las tres circunstancias (17. 2. a) es subjetiva, alude de manera clara a un propósito específico en la actuación del Estado a través de sus funcionarios y sus decisiones. Esta disposición pretende que la jurisdicción de la Corte puede activarse cuando

los Estados actuantes pretendan proteger a los presuntos autores de los delitos contenidos en el Estatuto. Como en toda disposición legal que alude a elementos subjetivos, se presenta una dificultad probatoria, que puede dificultar su aplicación, lo que hace mayor la exigencia de acopiar un conjunto de elementos en las actuaciones internas que permitan deducir tal intención¹⁹⁰.

Esta primera circunstancia, además del elemento subjetivo o de intención (17. 2. a), lleva asociada una situación relacionada con el curso de los procesos penales en las jurisdicciones nacionales, se trata de que “el juicio ya haya estado o este en marcha”. Como ya se explicó atrás, se trata de un juicio en marcha que pasa a ser evaluado por la Corte, o un juicio que por alguna razón fue suspendido. Porque si se tratara de un juicio terminado donde se ha emitido una sentencia, el asunto deberá recibir un tratamiento de acuerdo con el principio de la cosa juzgada (20.3), y por lo tanto se debe declarar su inadmisibilidad; o recibe un tratamiento de acuerdo las excepciones a dicho principio establecidos en el Estatuto (20.3. a y b) y se puede considerar admisible.

Lo importante en esta primera circunstancia es destacar la conexión entre el elemento de situación y el elemento de intención o elemento subjetivo. La decisión adoptada, tanto para adelantar el juicio o para suspenderlo, obedece al propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal. La alusión a los procesos no es para obligar a establecer un elemento normativo dentro procedimiento de admisibilidad, sino para establecer un elemento de situación que debe aparece en conexión con la intención de sustraer al procesado de su responsabilidad.

La segunda circunstancia (17. 2. b) conecta de manera más clara y en forma acumulativa un elemento de situación y un elemento subjetivo, como ya se describió antes, para que se pueda adoptar una decisión de admisión de un asunto ante la Corte con base en este apartado del artículo 17. El elemento de situación incluye además un elemento valorativo dentro del él. Se debe presentar una demora en el adelantamiento del proceso o de los procesos penales en las jurisdicciones nacionales, además tal demora debe poder calificarse o valorarse como injustificada.

En esta circunstancia, además la situación de demora injustificada debe poder relacionarse y calificarse como falta de intención de hacer comparecer a la persona ante la

¹⁹⁰ Olásolo. Op. cit., p. 213.

justicia. De manera que se configure, de manera final, para dar pie a una decisión de admisión de un asunto, de un elemento de intención consistente en un cuadro de falta de disposición por parte del Estado para actuar por que no hay intención de hacer comparecer a presunto trasgresor ante la justicia.

La tercera circunstancia (17. 2. c) se refiere a dos circunstancias que deben presentarse de manera simultánea para dar lugar a la decisión de admisión. La primera parte se refiere a una situación y su respectiva valoración. Se refiere a hechos relacionados con el proceso o procesos penales nacionales y su valoración de acuerdo con un marco normativo del derecho internacional. Esto es, que haya un proceso o varios procesos penales en curso, y que tales procesos sean o hayan sido substanciados de manera independiente e imparcial. Este elemento normativo introduce una valoración de las actuaciones dentro del proceso, valoración que debe tener como marco de referencia las normas de derecho internacional sobre debido proceso, de manera particular las normas sobre la independencia de los órganos judiciales.

La segunda parte de esta misma circunstancia de admisión, que debe presentarse de manera acumulada con la primera, se refiere a un elemento también de naturaleza valorativa, se trata de que el proceso se esté adelantando de una manera incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona procesada ante la justicia. Un claro elemento de intención que deberá sustentarse en la decisión de admisión por esta causal.

Todos estos elementos subjetivos o de intención que permitan concluir la falta de disposición de los Estados conllevan un juicio valorativo y una declaración al respecto. Valoración o juicio que implican el examen y constatación de una conducta dolosa, una actitud de mala fe, un comportamiento orientado por intenciones no acordes con el propósito de administrar genuina justicia y la intención de burlas valores y normas del derecho internacional¹⁹¹. En esta medida coincide con conductas ilícitas en cuanto violaciones del derecho internacional que entrañan responsabilidades en otros ámbitos del derecho¹⁹².

La circunstancia establecida en el artículo 17. 3. contempla varios elementos de situación o de estado de cosas, es el relativo a la “falta de capacidad” del Estado para

¹⁹¹ Quesada. Op. cit. p. 320.

¹⁹² *Ibid.*, p. 330.

adelantar la investigación o el enjuiciamiento. Elementos referidos a situaciones que se expondrán más adelante.

A.2 Ausencia de garantías en el proceso, demora injustificada y falta de independencia e imparcialidad

Los desarrollos del artículo 17. 2 sobre las causas de admisibilidad (falta de disposición e incapacidad) tienen la característica, como ya se dijo, de hacer acopio de conceptos del derecho internacional de los derechos humanos. Con la introducción de estas referencias al derecho internacional se nota el esfuerzo de los redactores por entregar criterios y marcos aceptados por la comunidad internacional para la difícil decisión de admisión de un asunto o situación. Tales conceptos o referencias al derecho internacional de los derechos humanos son: principios de un proceso con las debidas garantías, plazo razonable para las actuaciones procesales (demora injustificada), y la independencia e imparcialidad de las autoridades y de los jueces.

El numeral 2 del artículo 17 contiene una disposición inicial o un criterio general de interpretación que debe tenerse en cuenta en todos los desarrollos del párrafo. Su introducción allí da un marco normativo adicional que enriquece las referencias normativas y los criterios para interpretar las situaciones allí contenidas (17. 2 a. b y c). Dicha disposición general establece que para determinar la “ falta de disposición” del Estado la Corte tendrá en cuenta “los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional”.

Los elementos “demora injustificada” y falta de “independencia o imparcialidad”, con los cuales los literales b. y c. de numeral 2 del artículo 17, pretenden dar contenido a la noción de “falta de disposición”, no fueron suficientemente desarrollados. Los respectivos párrafos no ofrecen criterios adicionales y circunstancias que den criterios más precisos que permitan identificar ésta anomalía en las actuaciones de los Estados. Esta falta de desarrollo ha causado más extrañeza aún, cuando se cuenta con una rica jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹³. Allí se cuenta con desarrollos importantes alrededor del concepto de “plazo razonable” para el desarrollo de las actuaciones judiciales de manera que las tardanzas en los procedimientos

¹⁹³ *Ibid.*, p. 216.

judiciales no se constituyan en la violación de derechos fundamentales, como veremos más adelante.

En la Conferencia de Roma se criticó la expresión inicial de “demora indebida” por cuando conllevaba un umbral bajo en las exigencias de la Corte. Donde sólo bastaría demostrar el retraso en los procesos o el incumplimiento de los plazos de los procedimientos para estar en camino de admisión de una causa en la Corte, si se demuestra los elementos restantes exigidos en las causales. El término fue sustituido por el de “demora injustificada”. La expresión “injustificado” establece un umbral más alto para la admisión de un asunto en la Corte, conlleva el derecho de los Estados a explicar cualquier retraso ante la Corte. De todas formas es la Corte quién tiene la decisión final sobre la materia, es decir, sobre la justificación o injustificación del retraso¹⁹⁴.

Otra perspectiva sostiene que toda demora injustificada en las actuaciones de un Estado, sin necesidad de entrar a considerar los motivos que la produzcan, se considerada un supuesto de “inacción *a posteriori*” del Estado¹⁹⁵. Por lo tanto puede fundamentar la activación de la jurisdicción de la Corte. Estos elementos juntos, “demora injustificada” y la “falta de intención de hacer comparecer”, pone elementos adicionales y da mayor exigencia a la norma de la inacción, como ya se dijo.

Ya se anotó la diversidad de elementos que se juntan en numeral 2 del artículo 17. Un criterio general que debe englobar el análisis de cada una de las circunstancias (las garantías procesales, 17. 2). Un elemento normativo con referencias fácticas (la demora injustificada), asociado a un elemento subjetivo o de intención (17. 2. b). Otro elemento normativo con referencias a hechos (la independencia de poder judicial en los procesos de interés concreto para la Corte) asociado al elemento intencional que le sigue en el acápite respectivo (17. 2. c). En suma un elemento normativo general como criterio para todas las circunstancias específicas y dos elementos normativos vinculados a intenciones. No es clara la relación que se pueda establecer entre todos estos elementos asociados de manera tan particular.

La introducción de este criterio general se debió a la preocupación por una excesiva discrecionalidad de la Corte para evaluar las circunstancias del numeral 2 del artículo 17. De otro lado se ha anotado que su introducción puede traer imprecisión al elemento “falta

¹⁹⁴ Quesada. Op. Cit., p. 329.

¹⁹⁵ Olásolo. Op. cit., p. 217.

de disposición”, ya que al examinar el cumplimiento de normas de debido proceso y de independencia judicial, se coloca a la Corte en el papel que cumpliría un tribunal de apelaciones y no el papel de una Corte con una jurisdicción complementaria e instituida para examinar factores de impunidad.

Las violaciones, en general, de los principios y normas del debido proceso en los actuaciones nacionales no constituyen por sí mismas una falta de disposición de los Estados, porque no apuntan a describir el elemento intencional y de voluntad de ésta figura. Esto no significa que no deban tomarse en cuenta a la hora de evaluar los elementos del artículo 17 en sus numerales 1 y 2. La relación entre las garantías procesales, los plazos o términos razonables (demora injustificada) y la intención de sustraer de la responsabilidad (17. 2. b) puede guardar alguna relación, pero siempre ajustado al caso concreto.

Así mismo los elementos garantías procesales asociado a independencia de los jueces en los procesos de interés para la Corte, y relacionados con intención de no hacer comparecer, parecen guardar una relación lógica en las normas de admisión. Pero no siempre tales elementos de las garantías judiciales guardan relación con la falta de disposición para procesar. Por su parte la falta de intención de hacer comparecer por sí misma es una falta de disposición del Estado, y ésta falta de voluntad puede expresarse de muchas maneras en las actuaciones judiciales de los Estados, no solamente a través de la falta de independencia del poder judicial, como parte de las garantías procesales. Corresponde preguntarse por otros eventos en los cuales aparezca la falta de disposición del Estado sin que encuadre de manera exacta en las excepciones descritas en el artículo 17.

En las Reglas de Procedimiento y Prueba, norma 51, sobre el examen de las cuestiones del párrafo 2 del artículo 17, se da como orientación que la Corte podrá tener en cuenta las informaciones del Estado donde se muestre que sus tribunales reúnen la normas y estándares internacionales para un enjuiciamiento independiente e imparcial. No se consagra una norma en sentido similar que haga referencia a los estándares internacionales de las debidas garantías de los procesos judiciales, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 17. Un examen de estos estándares se intentará hacer más adelante en este trabajo.

Algunos comentaristas consideran que estas referencias normativas en el artículo 17. 2, donde la Corte debe calificar la forma como se adelantan los procedimientos desde el punto de vista de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, dificultan

la cooperación con la Corte por parte de las jurisdicciones nacionales declaradas, en la decisión de admisión, deficientes en su observancia de tales estándares. Sobre todo que el examen del debido proceso, siendo muy importante, no guarda relación directa con la el objetivo central de la Corte, como es la superación de la impunidad por graves crímenes de derecho internacional. Además es una función propia de ciertos organismos de derechos humanos. Se reconoce aquí de manera parcial una propuesta de los EE.UU. en el proceso de aprobación del Estatuto, que se considera debe ser eliminada en una futura revisión del Estatuto¹⁹⁶.

Tal observación no toma en cuenta que las referencias a las normas internacionales de derechos humanos en esta parte, se hacen en estrecha vinculación con el elemento general de “falta de disposición” de disposición y con el elemento particular de ésta: “incompatibilidad con la intención de hacer comparecer a la persona”. Las normas de admisibilidad del Estatuto de Roma no consagran tales disposiciones en el mismo contexto y con las mismas finalidades particulares de las normas y de las instancias internacionales de derechos humanos. Menos aún se puede asimilar este examen de la Corte Penal Internacional con la función de una revisión o un recurso en instancias superiores en las jurisdicciones nacionales, porque no se trata de revisar para corregir, sino para activar otra jurisdicción.

A.3 Sentencias en firme y sobreseimientos libres

El inciso final del artículo 17. 1. b. contiene una referencia a los sobreseimientos libres, en efecto allí se dice “haya decidido no incoar acción penal”, con esta disposición se tienen en cuenta otras posibilidades de desarrollo de los procesos nacionales que también deben ser examinadas por la Corte para verificar la disposición del Estado. Se trata de la eventualidad de que realizada una investigación se decida no incoar acción. Tanto si la investigación se adelanta con falta de disposición (17. 1. a) como si la investigación concluyó y dio pie a la decisión de no instaurar la acción penal motivada por falta de disposición (17. 1. b.), son situaciones que dan fundamento a la activación de las jurisdicción de la Corte.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 219. Nota 255.

De acuerdo con esto un auto de sobreseimiento libre (preclusión en Colombia) no pone a salvo las actuaciones nacionales de un eventual examen de "falta de disposición" en el desarrollo de la investigación y en la decisión misma de no incoar acción. El examen del auto de sobreseimiento libre y de las circunstancias que permitirían deducir falta de disposición por parte de las autoridades nacionales se hace con base en los parámetros y criterios establecidos en el artículo 17. 2. a, b y c. Tales parámetros y criterios son, como ya se vio atrás: propósito de sustraer de la responsabilidad al sospechoso; demora injustificada incompatible con la intención de hacer comparecer; y falta de independencia e imparcialidad al tiempo con un procesamiento incompatible con la intención de hacer comparecer.

De la misma manera cuando se han dictado sentencias en firme por las jurisdicciones nacionales (17. 1. c. y 20.3), el hecho de que exista tal sentencia no impide el examen de las circunstancias dentro de las cuales se expide tal providencia judicial que puedan calificarse como falta de disposición. En esta medida el pronunciamiento de una sentencia firme no subsanan las fallas de "falta de disposición" que pudieran afectar las investigaciones o enjuiciamientos realizados. Cuando en las sentencias se de o concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 20.3 se considerará que no hay disposición de parte del Estado.

Estas circunstancias previstas en el artículo 20.3, como se recordará, son: propósito de sustraer al acusado de sus responsabilidades y no instrucción en forma independiente e imparcial conforme con las debidas garantías procesales e incompatibles con la intención de hacer comparecer. Tales circunstancias del artículo 20.3 corresponden en sus contenidos a las excepciones del los párrafos a, b y c del numeral 2 del artículo 17, como ya se ha indicado. De esta manera, la jurisdicción complementaria de la Corte cubre los supuestos casos donde se dan abstenciones de juzgar o absoluciones a pesar de existir pruebas de cargo irrefutables, y los casos de condenas benignas ante graves crímenes de competencia de la Corte¹⁹⁷.

La relación entre el concepto de "falta de disposición" y el contenido del principio *non bis in ídem* en el Estatuto de Roma no favorece a este principio. La eficacia de la cosa juzgada de las resoluciones en firme de los órganos jurisdiccionales nacionales con respecto a la Corte tiene, además, de las excepciones (20. 3) ya estudiadas, límites adicionales por la

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 220.

falta de precisión con la que se han definido tales circunstancias de “falta de disposición” que exceptúan su aplicación, como ya se anotó atrás. En consecuencia, la Corte tiene la facultad de decidir cuando las providencias en firme de las jurisdicciones nacionales tienen efectos de cosa juzgada respecto de la Corte, y no se dispone de un plazo preclusivo para el ejercicio de este poder jurídico¹⁹⁸. Se trata, como ya se explicó, de una expresión de la supremacía material de la Corte sobre las jurisdicciones nacionales.

De la conjunción de todos estos elementos, el Profesor Olásolo concluye que se genera un margen de inseguridad jurídica sobre el valor de las providencias en firme de las jurisdicciones nacionales ante la Corte. Esto por cuanto no existe un plazo preclusivo por la imprescriptibilidad de los delitos previstos en el Estatuto, a lo cual se agrega la ambigüedad de las excepciones al principio de la cosa juzgada, ya visto. Con lo cual cuenta, la Corte con un margen importante de discrecionalidad para interpretar y aplicar los criterios que permiten la activación de su jurisdicción, en los casos ya juzgados por las jurisdicciones nacionales. La consecuencia es una disminución de las garantías que el principio *ne bis in ídem* ofrece a toda persona humana contra procesamientos recurrentes por los mismos hechos¹⁹⁹.

En Colombia la Corte Constitucional ha interpretado estas normas en un sentido distinto al del mencionado profesor. Al revirar la Constitucionalidad del Estatuto de Roma, se pronunció sobre las restricciones al principio de la cosa juzgada. Encontró la Corte Constitucional que estos eventos en los cuales actúa la Corte Penal Internacional y en los cuales se restringe éste principio en el Estatuto, tienen como presupuestos: primero, una violación del deber internacional de sancionar el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra; en segundo lugar, una actuación de las autoridades contraria al deber constitucional de protección que incumbe a las autoridades nacionales (artículo 2 de la Constitución Política de Colombia) y, en tercer lugar, un desconocimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario que tienen prevalencia en orden interno (artículo 9 Constitución Política). Por ello, constituye un desarrollo del deber de protección que tienen los Estados, el que se creen mecanismos necesarios para impedir que circunstancias como las descritas en el artículo 20, obstaculicen conocer la verdad de los hechos y el logro de la justicia²⁰⁰.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, p. 223.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 223.

²⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 2002.

Tal postura guarda correspondencia con lo dicho en otro apartado de esa Sentencia, donde relativiza el concepto de soberanía, para dar cabida al papel de organismos internacionales, como la Corte. Dice la Corte Constitucional que en sentido jurídico, la soberanía confiere derechos y obligaciones a los Estados, quienes gozan de autonomía e independencia para la regulación de sus asuntos internos, y pueden aceptar libremente, sin imposiciones foráneas, en su condición de sujetos iguales de la comunidad internacional, obligaciones orientadas a la convivencia pacífica y al fortalecimiento de relaciones de cooperación y ayuda mutua. En ocasiones ello puede requerir la aceptación de la competencia de organismos internacionales sobre algunos asuntos de competencia nacional, o la cesión de algunas competencias nacionales a instancias supranacionales. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tal posibilidad es compatible con el ordenamiento constitucional de Colombia, siempre que tal limitación a la soberanía no suponga una cesión total de las competencias nacionales.

Como puede verse, la Corte Constitucional colombiana adoptó una interpretación en materia de límites al principio de la cosa juzgada, que favorece los fines y los propósitos de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Fija su centro de atención en la supremacía de los tratados de derechos humanos en el orden interno, en deber de protección de las autoridades y en la necesidad de crear mecanismos que permitan el acceso a la justicia, como valores superiores a ciertas concepciones de la seguridad jurídica.

A.4 Amnistías e indultos

Las amnistías e indultos, de manera normal, no son decisiones del poder judicial de los Estados, sino que son decisiones políticas puestas en una ley o en un acto administrativo. Si mediante la decisión de otorgar amnistías e indultos se afecta la aplicación de justicia sobre delitos de la competencia de la Corte, tales actos y decisiones son un tema de la mayor importancia para la jurisdicción de la Corte. Aún así, el Estatuto de Roma guarda silencio sobre él, a pesar de que en el Comité preparatorio de 1997, los Estados Unidos circularon un escrito informal en el cual se promovía que en caso de amnistías era deseable que no se realizaran enjuiciamientos por parte de la Corte, porque podría impedir transiciones a la democracia.

Dicho tema no fue abordado de manera formal y no se incluyó ninguna norma al respecto. Hubiera sido deseable la inclusión de alguna norma que estableciera criterios para valorar este tipo de medidas al interior de los Estados, de acuerdo con las tendencias más progresistas del derecho internacional sobre la materia.

En algunos documentos oficiales de algunos de los órganos subsidiarios de las Naciones Unidas se sostiene que la reconciliación requiere respuesta a las verdaderas necesidades de la justicia. La amnistía que se otorgue debe ser bien motivada, y estar complementada con medidas de verdad y reparación a las víctimas, porque de lo contrario sus deficiencias pueden dar lugar a una decisión de admisión de un caso o asunto ante la Corte.

En el derecho internacional se presenta la necesidad de interpretar y armonizar las normas que autorizan la concesión de amnistías e indultos, como el artículo 6.5 del Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949, con las normas que establecen la obligación de investigar, juzgar y castigar y dar reconocimiento a los derechos de acceso a la justicia por parte de las víctimas. Algunos organismos internacionales como la Comisión Interamericana han propuesto que no puede entenderse que se autoriza la concesión de amnistías generales, sino solamente por el acto de participar en las hostilidades y no frente a las violaciones del derecho internacional humanitario²⁰¹. En el mismo sentido se recuerdan providencias del Tribunal para la ex Yugoslavia y algunos informes de expertos independientes de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas²⁰².

En derecho internacional, así como en el derecho interno de muchos estados, se encuentra establecido que sólo se puede otorgar amnistía e indultos por delitos políticos y por delitos comunes conexos de manera estrecha y directa con estos. Bajo ninguna circunstancia se admite que los delitos comunes que constituyen delitos graves conforme al derecho internacional puedan ser amnistiados o indultados²⁰³.

²⁰¹ CIDH. Lucio Parada Cea y otros vs. El Salvador. Caso No. 10.480. Informe No. 1 de 1999. Parr. 116. Citado por Catalina Botero Marino y Esteban Restrepo S. en “Algunos Estándares Internacionales Aplicables a los procesos de transición en Colombia” en “Entre el Paredón y el Perdón” Angélica Rettberg (Edit.). Universidad de los Andes. 2005. P. 6

²⁰² TPIY. Prosecutor vs. Dusko Tadic ; Prosecutor vs. Delacic (Caso Celebici). Orentlicher, D. “Estudio Independiente, con la inclusión de recomendaciones, sobre mejores prácticas para ayudar a los Estados a reformar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad (Doc. E/CN.4/2004/88). Citados por Catalina Botero. Op., cit. p. 6

²⁰³ CIDH. Citado por Botero. Op., cit. p. 6

La jurisprudencia internacional tiende a considerar sin efecto toda ley doméstica que impida la investigación, el juzgamiento, viole los derechos de las víctimas a la justicia o desconozca las obligaciones de los Estados, en relación con graves crímenes de derecho internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dejado sin efectos jurídicos unas leyes de amnistía del Perú, como estar en incompatibilidad con la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Allí mismo se reiteró la obligación del Perú de investigar los hechos, identificar a los responsables, sancionarlos y publicar los resultados de los procesos. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal para la ex Yugoslavia²⁰⁴.

Se puede concluir, de acuerdo con estas fuentes del derecho internacional, que existen dos límites al poder de los Estados de otorgar amnistías e indultos. De un lado debe ser única alternativa a disposición de un Estado para facilitar su proceso de transición a la democracia o al Estado de derecho. Del otro la medida nunca puede abarcar conductas que impliquen crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, o violaciones graves a los derechos humanos²⁰⁵.

Para los efectos de la superación de la impunidad, puede ser relevante la diferencia entre las amnistías y los indultos. Se amnistían los delitos, y por lo tanto desaparece la facultad de ejercer la acción penal. Se indultan las penas, por lo tanto se deja sin efecto la posibilidad de ejecutar las sanciones impuestas. El modo normal de aprobar las amnistías es mediante una decisión legislativa, en cambio los indultos se autorizan de modo general mediante una ley pero se decide su otorgamiento en cada caso bajo ciertas condiciones. Una amnistía puede interpretarse dentro de ciertas circunstancias como un intento de eludir la justicia, mientras que un indulto, también, bajo ciertas circunstancias puede haber sido satisfactorio para los fines de la justicia sobre la base del cumplimiento de ciertos parámetros. El indulto supone la realización de un proceso penal, en ésta medida, en el mejor de los casos se da una investigación, la individualización de un responsable, el conocimiento y la publicidad de las conductas realizadas, la reparación de las víctimas, la comparecencia o la detención preventiva del acusado, la declaración de responsabilidad, y la imposición de penas.

²⁰⁴ Corte IDH. Caso Barrios Altos. TPIY. Prosecutor vs. Furundzija. Citados por Botero. Op., cit. p. 7

²⁰⁵ Botero. Op., cit. p. 7

Al respecto la Corte Constitucional colombiana, consideró, que ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide al Estado colombiano la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos, y por los delitos comunes conexos. Siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.

También dijo que dentro de estos parámetros, en el Estatuto de Roma han quedado a salvo los esfuerzos genuinos dirigidos a establecer la verdad de los hechos, la responsabilidad penal de los implicados, así como la reparación a las víctimas y perjudicados. En primer lugar, en tales eventos no es claro que se presente la indisposición del Estado a investigar o enjuiciar que señala el artículo 17.1, literal a) del Estatuto. En segundo lugar, un proceso interno para consolidar la paz, en el cual no se prive a las víctimas del derecho a acceder a la justicia, proporciona un elemento de juicio importante de que no obran razones de peso para creer que una investigación adicional de la Corte Penal Internacional redundaría en interés de la justicia. En tercer lugar, la existencia de tales procedimientos judiciales internos, a la vez que reafirma la jurisdicción nacional sobre sus asuntos, es un criterio para que la Corte Penal Internacional aprecie si se cumple el presupuesto procesal señalado en el artículo 17.1, literal d) del Estatuto, como quiera que los procedimientos internos puedan haber sido suficientes²⁰⁶.

La doctrina constitucional colombiana ha sistematizado algunos criterios adicionales sobre la concesión de amnistías e indultos: la imposibilidad de otorgar amnistías o indultos por delitos atroces, dentro de los cuales se entienden incluidos los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional; la imposibilidad de relevar la responsabilidad por causa de la obediencia debida; el reconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; y la limitación del principio del *non bis in idem* cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos²⁰⁷. En consecuencia tanto en la Sentencia específica de la Corte Constitucional, como en sistematización presentada de la jurisprudencia de esta Corte, se afirma la imposibilidad de conceder amnistías e indultos por los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional.

²⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 2002.

²⁰⁷ Botero. Op., cit., p. 8.

B. LA INCAPACIDAD DEL ESTADO PARA INVESTIGAR O ENJUICIAR LOS CRÍMENES DE COMPETENCIA DE LA CORTE

Tal circunstancia como causal de admisión se encuentra en el numeral 1 de artículo 17 con la expresión “no pueda realmente hacerlo”. El numeral 3 trata de desarrollar este concepto presentado antes de manera general. Lo denomina “incapacidad” para investigar o enjuiciar, y lo explicita como un “colapso total o substancial” de su administración de justicia o como la “carencia” de ella. De alguna de estas situaciones se derivan unas consecuencias que constituyen hechos que deben, también, ser verificados por la Corte. Tales consecuencias son la imposibilidad de hacer comparecer al acusado o la no disposición de las pruebas y testimonios. También se establece la posibilidad de indagar por “otras razones” que impiden llevar a cabo el juicio. Donde se abren importantes posibilidades de actuación para la Corte. Esta amplitud de posibilidades tiene que ver con lo dicho atrás sobre la fácil aceptación en las negociaciones del Estatuto, de la incapacidad como una causa para activación de la jurisdicción de la Corte.

Se trata, entonces, del concepto de “falta de capacidad” para investigar o enjuiciar los asuntos o casos de competencia de la Corte. En resumen, el párrafo 17.3 explicita los contenidos de este concepto con los siguientes elementos: a) la carencia de una administración de justicia en el Estado que adelanta las actuaciones; o b) el “colapso total o substancial” de la misma; c) de donde se derivan la imposibilidad de hacer comparecer al acusado, o la imposibilidad de disponer de las pruebas y los testimonios necesarios; d) o no se está, por otras razones, en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Establece el Estatuto varias distinciones. La carencia de administración de justicia, como un predicado general. También se distingue entre el colapso total o substancial del aparato judicial. La carencia de administración se hace sin ninguna connotación adicional, de manera simple, no existe la administración de justicia.

En cambio el colapso tiene una connotación de tiempo y una connotación de gravedad. Se trata de un colapso, existía antes una administración de justicia que en algún momento colapso o entró en situación de infuncionalidad; puede todavía existir parte de un aparato de justicia, pero en el momento en que la situación es valorada por la Corte, ya no funciona, está colapsado. No se trata de cualquier infuncionalidad, el colapso tiene que ser total o substancial, es decir tiene que ser grave. El colapso total supone una infuncionalidad general de

los órganos y de las funciones judiciales. Un colapso substancial, sería aquel, que no siendo total, afecta las principales o la mayor parte de las funciones judiciales. Entre el colapso total y el sustancial se presenta una diferencia de grado.

En cualquiera de las situaciones se trata de una situación especial en la cual la estructura estatal o la administración de justicia no existen, ha desaparecido o nunca ha existido, o ha colapsado y ha perdido funcionalidad y eficacia, desde el nivel central del Estado hasta los niveles regionales. Incluye situaciones como la guerra civil o de desastres naturales que llevan al colapso del Gobierno y la administración de justicia del Estado²⁰⁸.

Quizás las situaciones que de manera real deba valorar la Corte se relacionen más con el nivel o grado de colapso que se presente en un sistema judicial determinado. Porque en todas partes siempre queda algo de aparato estatal, emerge otro de manera paulatina, o mantiene en situación de infuncionalidad, después de una situación de crisis. Aunque en los últimos años las Naciones Unidas y otras expresiones de la Comunidad Internacional tuvieron que hacer frente a una situación, que muy posiblemente podría calificarse de carencia de administración de justicia, y de un modo más general, de carencia de Estado. Se trata del caso de Somalia sometido a intervención de las Naciones Unidas desde 1992.

La discusión en torno al adverbio “realmente” de la primera parte del artículo 17 en relación con la incapacidad de los Estados, se dio desde los primeros textos en el Comité Preparatorio. Con esta expresión se expandieron las causas que permitían que la Corte pudiera asumir la jurisdicción sobre un caso. Se introdujo un elemento adicional de examen de una situación, donde no se consideran elementos subjetivos que involucren la voluntad del Estado.

El debate en la Conferencia de Roma sobre este aspecto giró entre la inclusión de una fórmula que incluyera el colapso total o parcial o una que incluyera solamente el colapso total. Finalmente se impuso la segunda fórmula y por eso el Estatuto recoge la expresión “colapso total o substancial”, con lo cual la expresión que aludía a la parcialidad del colapso quedó por fuera por que significaba un margen de discrecionalidad muy alto para la Corte.

Se debatieron otros criterios, que no fueron incluidos en el texto del Estatuto, como la extensión y alcance de los crímenes cometidos, de tal forma que fuera imposible su

²⁰⁸ Olásolo. Op. cit., p. 226.

enjuiciamiento por las administraciones de justicia nacionales. Se considero la inclusión de fallas en los procedimientos nacionales por no llevarse a cabo de una manera independiente e imparcial²⁰⁹. Fórmula ésta, que fue incluida, como ya vimos, en el 17. 2. c. pero en referencia a la causal de falta de disposición.

Sin embargo la expresión “no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio” con la que finaliza el párrafo 3 del artículo 17, resulta interesante porque abre a la Corte la posibilidad de considerar otros aspectos de la situación de la administración de justicia en un Estado colapsado. Algunos comentaristas han señalado que caben situaciones como la falta de personal capacitado para llevar a cabo los juicios, entre otras razones²¹⁰.

La incapacidad del Estado puede guardar relación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en este caso por la inexistencia o inoperatividad de los sistemas judiciales nacionales.

Algunos doctrinantes han manifestado eventuales dificultades prácticas, como que se califiquen como incapaces los Estados con presupuestos limitados para sus administraciones de justicia o las impugnaciones diversas a este calificativo de inexistencia²¹¹. Otra dificultad puede darse en las relaciones de cooperación con Estados en esa situación. Al respecto se sostiene que mientras menos institucionalidad estatal y de administración de justicia exista en un territorio en contextos de violencia, más se requerirá de la presencia de la comunidad internacional con una institución jurisdiccional como la Corte.

Otro punto de vista ha discutido la originalidad de esta causal de admisión de un asunto en la Corte. Se dice que el supuesto incluido en esta parte del artículo 17, no constituye una excepción auténtica al principio general que impide la activación de la jurisdicción de la Corte por el adelantamiento de actuaciones en las jurisdicciones nacionales. Este principio general considera el evento en el cual se da la inacción absoluta de las jurisdicciones nacionales, con lo cual se puede activar inmediatamente la jurisdicción de la Corte. Tal evento es el que se presenta al considerarse la inexistencia de una administración de justicia en los Estados afectados. De igual manera en los eventos en los que se da alguna actuación por parte del Estado, al sobrevenir

²⁰⁹ Quesada Alcalá. Op. cit., p. 327.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 327.

²¹¹ *Ibid.*, p. 332.

un "colapso total o substancial" de las administraciones de justicia se da una inacción *a posteriori* por parte del Estado²¹².

C. DESARROLLOS AUXILIARES DEL DERECHO INTERNACIONAL PERTINENTES EN LAS DECISIONES DE ADMISIBILIDAD

C.1 Juicios justos: principios de un proceso con las debidas garantías

La práctica judicial de la Corte Penal Internacional acogerá y establecerá los criterios que orientan sus decisiones de admisibilidad. Estas decisiones se deberán fundamentar en primer lugar en las normas del Estatuto, en de las Reglas de Procedimiento y Prueba y en los Elementos de los Crímenes, así como en los tratados, los principios de derecho internacional y normas del derecho internacional (art. 21). Algunos de los elementos del artículo 17, aluden a desarrollos del derecho internacional en materia de derechos humanos. Tales temas son, en principio, las normas sobre el debido proceso y las garantías procesales (art. 17. 2). También el plazo razonable que busca evitar las demoras injustificadas (art. 17. 2. b) y la necesidad de contar con tribunales independientes e imparciales (17. 2. c), estos dos elementos como parte también del debido proceso y las garantías judiciales.

Sobre estas normas de derechos humanos contemplados en el derecho internacional, tanto los tribunales en sus decisiones, así como ciertos órganos de los tratados internacionales, han construido un conjunto de criterios de doctrina internacional sobre el sentido y el alcance de muchas de estas normas que resultan aplicables en las decisiones de admisibilidad. Se presentan en esta parte algunas sistematizaciones sobre estos desarrollos normativos, jurisprudenciales y doctrinales, que tendrán que ser tomadas en cuenta por la Corte Penal Internacional en sus decisiones de admisibilidad.

Todo proceso penal pone a prueba el compromiso del Estado de respetar los derechos humanos. Ha sido largo el proceso de construcción de las normas jurídicas para la protección y las garantías a favor de la dignidad de los procesados, así como para promover

²¹² Olásolo. Op. cit., p. 227.

los intereses de la justicia, de la sociedad y de las víctimas en los procesos penales. Hoy día tanto el derecho constitucional, el derecho penal, como el derecho internacional cuentan con un acervo completo de instrumentos donde se ha desarrollado los derechos y las garantías de las personas ante las administraciones de justicia nacionales y ante los tribunales internacional.

Tales sistemas normativos establecen la obligación para los Estados de procesar a los responsables de la comisión de crímenes, así como normas sobre la conducción justa y adecuada de los procesos desde el punto de vista de los derechos de los procesados y de las víctimas. La realización de procesos judiciales con inobservancia de los mínimos derechos al debido proceso y las garantías judiciales constituye una violación a los derechos humanos, que resulta contradictoria con la garantía de tales derechos, garantía que también incluye la obligación de investigación y enjuiciamiento de los presuntos infractores de normas penales, inclusive de los violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En el Estatuto de Roma la violación de las garantías judiciales debe encontrarse en relación con la indisposición del Estado para investigar o enjuiciar a los responsables de crímenes de competencia de la Corte. Tales obligaciones han sido afirmadas y desarrolladas en la jurisprudencia del sistema interamericano y del sistema europeo de protección de los derechos humanos²¹³.

La observancia de los derechos y garantías, se debe mantener a lo largo de todas las fases del proceso penal. Tales normas y pautas deben observarse en la fase de indagaciones previas al inicio formal de las investigaciones, en la detención, en la fase de investigación propiamente tal, en las imputaciones fácticas, en la presentación de cargos y confirmación de cargos, en la etapa del juicio, y en las instancias donde se recurra la sentencia, y en la etapa de ejecución de la pena. Exigencias que deben estar presentes en medio de la diversidad de sistemas jurídicos vigentes en los Estados.

El derecho a un juicio justo es un derecho humano fundamental y un principio de derecho internacional universalmente reconocido. Si bien el proceso de elaboración de tales normas se inició varios siglos atrás con su incorporación en las normas constitucionales de los Estados, su consagración en el derecho internacional se dio en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el documento central del sistema internacional de derechos humanos.

²¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 50/00 Caso 11.298. Reinaldo Figueredo Planchart contra República Bolivariana de Venezuela. Abril de 2000.

Este documento, pese a su carácter declarativo, tiene carácter vinculante para todos los Estados por la vía del mismo carácter vinculante de la Carta de las Naciones Unidas, como también por el carácter de derecho internacional consuetudinario y de norma de *jus cogens*, de sus normas esenciales²¹⁴.

Este derecho a un juicio justo se ha reafirmado y desarrollado en tratados vinculantes, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. También se ha reconocido y especificado en numerosos tratados universales y regionales (ver anexo con listado de los principales tratados), así como en otros instrumentos que no tienen carácter de tratados pero son interpretaciones o desarrollos de los tratados. Instrumentos secundarios que han sido adoptados por la ONU en sus órganos principales y subsidiarios, y por organismos intergubernamentales regionales.

En síntesis: “estas normas internacionales de derechos humanos sobre la celebración de juicios justos constituyen el acuerdo colectivo de la comunidad de naciones sobre los criterios para evaluar el modo en que los Estados tratan a las personas acusadas de haber cometido un delito”²¹⁵.

La evaluación de la adecuación de un proceso penal a los estándares internacionales es una labor compleja, por cuanto cada caso es diferente, y debe examinarse en sus particularidades, así como el contexto normativo, institucional, social y cultural donde se da el juicio. La evaluación versa sobre la forma como se adelantan los procedimientos, lo cual supone un análisis de los procedimientos mismos en su concepción normativa en la legislación nacional que los establecen y su adecuación con las normas y principios de derecho internacional sobre la materia, así como la puesta en práctica de tales disposiciones.

El punto de referencia son las normas internacionales, las cuales se encuentran en diversos instrumentos y en constante evolución. Muchas de las normas del debido proceso son aplicables a todo tipo de procedimiento judicial, incluyendo los procesos civiles, hay normas aplicables a toda clase de detenciones, inclusive las administrativas. Sin embargo, el interés en ésta parte del trabajo, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 de artículo 17 del Estatuto de Roma, se centra en las normas aplicables a los procesos penales (ver

²¹⁴ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. “Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo”. Edit. Tecnos, Madrid, 2001. Pp. 50 y ss y 106 y ss.

²¹⁵ Amnistía Internacional. “Juicios Justos: Manual de Amnistía Internacional”. P. 15.

anexo con listado de derechos de los procesados), y la relación de tales garantías con la disposición del Estado para investigar y juzgar los graves crímenes de trascendencia internacional.

El estatus legal de las diversas normas internacionales sobre el debido proceso depende del tipo de instrumento donde se encuentren. Las contenidas en los tratados son legalmente vinculantes para los Estados. Mientras los instrumentos que no son tratados, representan el consenso de la comunidad internacional sobre la interpretación de las normas vigentes en los tratados y sobre normas que aspira incorporar al derecho internacional. Los instrumentos que no son tratados se elaboran y aprueban en diversos foros con la participación de los Estados, y por lo tanto tienen un enorme valor indicativo y orientador sobre la interpretación de las normas de los tratados y sobre aspectos que no han sido incorporados en tratados aún. Los dos tipos de instrumentos, conforman el marco internacional para la salvaguardia de los derechos de los procesados²¹⁶. Por su parte los tribunales de derechos humanos y los órganos encargados de vigilar la observación de los tratados proporcionan orientación sobre la interpretación de las disposiciones que contienen los tratados internacionales.

Los instrumentos que no son tratados con frecuencia se los denomina declaraciones, principios, reglas, etc. Por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, son ejemplos de instrumentos que no son tratados en los que se establecen importantes garantías procesales. Estas normas no tienen los atributos legales que tienen los tratados, pero cuentan con la fuerza persuasiva de haber sido negociados por los gobiernos a lo largo de años y de haber sido adoptados por órganos políticos y órganos especializados y con facultades para desarrollar aplicaciones e interpretaciones de los tratados.

Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas normalmente reflejan el consenso de los Estados miembros y de la Comunidad internacional en su conjunto. Normalmente los documentos de estos organismos cuentan con una fortaleza política que llevan a su consideración en la práctica, como instrumentos tan vinculantes los tratados. Estos instrumentos que no son tratados, muchas veces reafirman principios que se

²¹⁶ *Ibid.*, p. 19.

consideran legalmente vinculantes para todos los Estados conforme al derecho internacional consuetudinario²¹⁷.

La Corte Penal Internacional al evaluar el desenvolvimiento de los procesos penales nacionales sobre una situación o asunto sometido a su consideración, al examinar los aspectos del debido proceso relacionados con la falta de disposición deberá tomar en cuenta las normas y criterios elaborados en los tratados y en los organismos internacionales sobre la materia. Como corresponde a una Corte de excepción deberá basar su decisión de admisión en la ocurrencia de fenómenos variados y complejos que atentas contra el debido proceso y que guarden relación con la falta de disposición del Estado para procesar a los presuntos responsables.

C.2 Principios relativos a la independencia de la judicatura

Otro de los elementos normativos del derecho internacional de los derechos humanos en las normas de admisibilidad es la falta de independencia e imparcialidad en el trámite de los procesos parte de la jurisdicciones nacionales (17. 2. c.) como un elemento relacionado con la falta de disposición. La misma referencia normativa se hace en la norma sobre revisión de casos con sentencias en firme (20.3.b).

Al respecto vale la pena recordar los principios sobre la independencia de lo jueces se encuentran recogidos en el documento de las Naciones Unidas originado en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985. Los documentos allí elaborados fueron confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985²¹⁸.

En dicho documento se recogen un conjunto de principios y directrices para garantizar la independencia de la judicatura. Las materias concretas a las que se refiere este

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 20

²¹⁸ “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”. Aprobados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Acogidos por la Asamblea General en la Resolución 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y la Resolución 40/146 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985.

documento orientarán a la Corte sobre algunos aspectos relacionados con la independencia de los jueces que deberán ser tomadas en cuenta en el examen de un caso concreto.

Las materias a las que se refiere el documento son las siguientes: independencia como obligación y como práctica en las actuaciones judiciales; libertad de expresión y de asociación de los miembros de la judicatura; competencia profesional, selección y formación del personal miembro de la judicatura; condiciones del servicio e inamovilidad de los miembros de la judicatura; secreto profesional e inmunidad; y medidas especiales en materia disciplinaria, y en casos de suspensión o separación del cargo

C.3 Demoras injustificadas y plazo razonable

Uno de las situaciones que debe examinar la Corte son las demoras injustificadas, de acuerdo con los elementos dispuestos en el Estatuto para desarrollar la falta de disposición del Estado para investigar y juzgar los crímenes de competencia de la Corte (17. 2. b). En el derecho internacional de los derechos humanos se establece que todos los procedimientos judiciales deben surtirse dentro un “plazo razonable” (Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículos 7.5 y 8.1; y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, artículo 6). El concepto “demoras injustificadas” (17. 2. b) puede obtener parte de su contenido del concepto de “plazo razonable” que ha sido desarrollado en la jurisprudencia de los tribunales Europeo e Interamericano.

Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹⁹, el concepto de "plazo razonable" es aplicable a toda índole de procedimientos pero, sobre todo, al proceso penal. Es posible afirmar que lo dicho sobre el “plazo razonable” respecto de los procesos penales y los derechos de los procesados penales, resulta aplicable para el trámite de los derechos e intereses de las víctimas en el proceso penal. Hay una “razonabilidad” de los términos para las investigaciones y los juicios penales, de manera

²¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Genie Lacayo*, sentencia de enero 29 de 1997, serie C, N° 30, §§ 77-81; *Caso Suárez Rosero*, sentencia de noviembre 12 de 1997, serie C, N° 35, §§ 67-75. Citados por la Sentencia C- 272 de 1999 de la Corte Constitucional de Colombia.

que den satisfacción tanto a los derechos de los procesados, como también a los derechos de las víctimas y las finalidades que el Estado y la sociedad buscan en el proceso penal.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha elaborado un *test* sobre la razonabilidad de los plazos procesales que comporta “el examen de tres elementos: (1) la complejidad del asunto; (2) la actividad procesal del interesado; y, (3) la conducta de las autoridades públicas. En algunos casos, la jurisprudencia europea ha añadido un cuarto elemento consistente en el análisis de la importancia del litigio para el interesado. De igual modo, en otras oportunidades, el *test* antes anotado, ha sido sustituido por un "análisis global del procedimiento", con miras a la determinación de la razonabilidad del plazo²²⁰.

Este test es aplicable a los casos de irrazonabilidad del plazo por su corta duración o insuficiencia, como por extensión prolongada. Los derechos a una vía procesal adecuada pueden verse vulnerados tanto por la excesiva duración de un determinado procedimiento judicial como por la excesiva brevedad del mismo, lo cual los hace inútiles para los fines que persigue el procedimiento y pueden generar indefensión e incapacidad de hacer efectivos los derechos y obligaciones. Se pueden dar términos breves para investigar y evaluar situaciones complejas, o plazos muy largos, que además pueden ser extendidos a voluntad de los operadores judiciales.

Se puede entender la existencia de normas que den alguna flexibilidad en los términos para abreviar o para extender y poder acopiar elementos en situaciones muy complejas. Siempre se podrá evaluar que no se trata de variar los plazos sino de contar con más recursos humanos y técnicos para adelantar en forma adecuada los procedimientos. En cualquier caso son asuntos que pueden ser evaluados desde el punto de vista de la voluntad del Estado para investigar y juzgar graves crímenes de derecho internacional.

Los procedimientos que se establezcan para hacer efectivos los derechos humanos en general deben contar con un procedimiento capaz de garantizar la administración de efectiva justicia. Dentro de estos procedimientos la adecuada extensión de los términos, es decir, el “plazo razonable”, se constituye en un elemento central de las garantías. Tal

²²⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Motta*, sentencia de febrero 19 de 1991, serie A, N° 195A; *Caso Vernillo*, sentencia de febrero 20 de 1991, serie A, N° 198; *Caso Unión Alimentaria Sanders S.A.*, sentencia de julio 7 de 1991, serie A, N° 157. Citados por la Sentencia C- 272 de 1999 de la Corte Constitucional de Colombia.

garantía tiene un valor mayor si se trata de procedimientos sobre graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y graves crímenes de guerra.

La irracionalidad del plazo viola la obligación general del Estado de tomar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos humanos consagrados en diversos instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos. Con el desconocimiento del plazo razonable resulta violada la obligación específica de otorgar garantías judiciales plenas y adecuadas para hacer efectivos los derechos y obligaciones (Pacto, artículo 2. 3. a y b; Convención Americana, artículos 8 y 25). Puede, también, resultar violada la obligación de investigar, juzgar y sancionar los graves crímenes de derecho internacional en que se pudiera haber incurrido en la situación o asunto de competencia de la Corte Penal Internacional.

En resumen puede decirse que las demoras injustificadas y el incumplimiento de la obligación de realizar los procedimientos judiciales dentro del un plazo razonable que se encuentra en el artículo 17. 2. b. del Estatuto, debe entenderse en el contexto de un conjunto de obligaciones de los Estados. Se trata de la obligación de dar efectividad a los derechos y deberes establecidos en el derecho internacional, la obligación de otorgar un recurso judicial efectivo y acceso a la justicia y el deber de investigar, enjuiciar y castigar las graves violaciones a los derechos humanos y los graves crímenes del derecho internacional humanitario.

C.4 Algunas prácticas internacionales sobre la incapacidad de los Estados

En los últimos años se han presentado muchas actuaciones de la comunidad internacional, sobre todo a través de los organismos internacionales, en las cuales interviene en territorios o Estados que presentan situaciones de violencia generalizada, graves violaciones a los derechos humanos, y a las normas del derecho internacional humanitario. Tales intervenciones se hacen con fundamento en normas y principios del derecho

internacional, con lo cual se acoge una determinada interpretación de tales normas y se adelanta una práctica internacional sobre la materia relevante para el derecho internacional.

Se recuerda como el Estatuto de Roma en el numeral 1 del artículo 17 se refiere a la situación en que el Estado “no puede realmente” investigar o juzgar los crímenes de la competencia de la Corte. Mientras el numeral segundo del mismo artículo habla de “incapacidad”. Ya vimos como el párrafo 17.3 explicita los contenidos de este concepto con los siguientes elementos: a) carencia de una administración de justicia en el Estado; o b) el “colapso total o substancial” de la misma; c) lo cual da como resultado que no pueda hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios.

Se considera la posibilidad de la inexistencia de la administración de justicia, o el colapso total o substancial de la misma y como consecuencia de ésta situación la imposibilidad de obtener unos resultados procesales tangibles, como la obtención de las pruebas y lograr la comparecencia del acusado. Tales situaciones que debe examinar y valorar la Corte sobre la incapacidad de los Estados tendrán que ver con los distintos niveles de desestructuración de lo Estados. La decisión y las medidas de los organismos internacionales y la situación misma de desestructuración ha sido objeto de reflexión por parte por algunos de ellos²²¹.

El “Estado desestructurado” visto desde el derecho internacional, es aquél que conserva su capacidad jurídica, pero que carece de la posibilidad práctica para ejercerla. Se carece de un órgano capaz de comprometer al Estado, pero hay que asumir que la capacidad jurídica del “Estado desestructurado” sigue existiendo. Aunque es incapaz de actuar, sigue teniendo derechos y obligaciones. En ésta medida en las actuaciones de la Corte Penal Internacional podrá ser tenido en cuenta como un sujeto del derecho internacional y como sujeto procesal, tanto para aspectos del procedimiento como las impugnaciones o la notificación, así como para los aspectos de la cooperación con la Corte.

Se invoca la práctica internacional y la teoría en virtud de las cuales la identidad y la continuidad del Estado no pueden cuestionarse por la pérdida temporal de la autoridad unificada y efectiva. También se invoca la práctica que establece que el territorio de un

²²¹ Thürer, Daniel. “El Estado Desestructurado y el Derecho Internacional”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. No. 836. pp. 731-760. 1999. En www.icrc.org/web/spa/sitespaO.nsf/htmlall/ (visitada 30 de Septiembre de 2007).

Estado que ha dejado de funcionar está protegido por la prohibición de la violencia y la intervención expansionista.

De otro lado se invoca el derecho de los pueblos a la libre determinación como uno fundamento de la intervención de la comunidad internacional, por lo cual la intervención debe orientarse al restablecimiento del ejercicio de la soberanía del Estado. La Corte Internacional de Justicia en 1970 dictaminó en el caso Namibia vs. Sudáfrica que “la entidad lesionada es un pueblo que debe acudir a la comunidad internacional en búsqueda de ayuda”²²². En el caso de los Estados desintegrados, la comunidad internacional organizada u otros que actúen en su nombre están autorizados a intervenir previa la invocación de los derechos humanos o el derecho a la libre determinación de los pueblos y mediante el procedimiento aprobado en la Carta de las Naciones Unidas, con el objeto de restaurar la autoridad del Estado. Autoridad que se requiere para el funcionamiento adecuado del derecho internacional.

En la sistematización del Profesor Thürer (ya citado), se encuentra un enfoque con cuatro componentes, en la práctica del Consejo de Seguridad sobre situaciones de colapso de Estados.

1. La práctica del Consejo de Seguridad de manera regular recurre al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y da por sentado que la existencia de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos o de flagrantes violaciones del principio de la democracia interna justifican la intervención por la fuerza del Consejo de Seguridad en los asuntos internos de un Estado en el que su autoridad gubernamental se ha desmoronado²²³.
2. El Consejo de Seguridad, en casos de Estados desestructurados, sustituyó las sanciones que la Carta autoriza por medidas coercitivas para restablecer la paz. En estos casos no se está ante ningún Estado agresor, pero el Consejo, de acuerdo con su propia práctica, puede intervenir para restaurar el orden interno y utiliza la fuerza militar, una vez se da el umbral de amenaza de la paz del artículo 39 de la Carta. El

²²² CIJ. *Avisory Opinión*. Informes de la CIJ, 1971. Citado en el texto de Thürer.

²²³ *Ibíd.*, p. 9. Se cita la Resolución 794 de 3 de diciembre de 1992 sobre Somalia, donde se afirma que “la magnitud de la tragedia humana causada por el conflicto” era suficiente por sí misma para constituir una amenaza para la paz. La Resolución 688 de 5 de abril de 1999, relativa a los kurdos de Irak, donde manifestó que las violaciones graves de los derechos humanos cometidas por un Estado constituyen una amenaza para la paz. En una Resolución sobre Haití, el Consejo manifestó con cautela que una forma de gobierno irreconciliable con los principios democráticos constituye una amenaza para la paz.

Consejo procede sin la obligación de obtener el consentimiento del “Estado desestructurado”. Se infiere como actuación del “más alto interés del pueblo”, en analogía del concepto de *negotiorum gestio*, aplicable en la guerra civil o las disposiciones de derecho penal relativas a la asistencia en emergencias²²⁴.

3. El Consejo de Seguridad ha ampliado su comprensión de las intervenciones en los Estados desestructurados. Ahora interviene para mantener la seguridad, no solamente en el sentido restringido de mantenimiento de las estructuras gubernamentales, sino también para garantizar las instalaciones de infraestructura de transporte, tales como los aeropuertos, a fin de permitir el despliegue de fuerzas de mantenimiento de la paz o las operaciones humanitarias de determinadas ONG, o para preservar zonas de seguridad para beneficio de la población civil. También se han realizado actividades de consolidación de la paz, con medidas de desmovilización de fuerzas armadas y acciones para desarrollar y consolidar la infraestructura económica y social hasta la reforma de las estructuras gubernamentales y constitucionales. También se han asumido complejas tareas administrativas y políticas en estos Estados colapsados²²⁵.

4. El Consejo de Seguridad se ha dirigido a las partes en conflictos internos, lo que permite considerar que las medidas previstas en el Capítulo VI de la Carta sobre arreglo de controversias en las relaciones interestatales, sean utilizadas en los conflictos internos de los Estados

El fundamento jurídico de tales intervenciones ha sido objeto de no pocos debates. Se parte de afirmaciones como aquellas que postulan que existen valores y principios universales que fundamentan y justifican una intervención directa en el territorio de un país soberano, cuando éste aplica decisiones contrarias a normas y convenios centrales de la comunidad internacional o que ante la vulneración manera grave y sistemática del núcleo duro mínimo de derechos humanos fundamentales imprescindibles y universales la comunidad internacional debe reaccionar, incluso con la fuerza²²⁶.

²²⁴ *Ibid.*, p. 9. Se citan los casos de Bosnia-Herzegovina, Ruanda y Haití, autorizó a los Estados. En el caso de Somalia a la organización de mantenimiento de la paz (ONUSOM II).

²²⁵ *Ibid.*, p. 10. Se citan los casos de Camboya y Somalia.

²²⁶ Sánchez Rubio, David. “Reflexiones e (Im) Precisiones en Torno a la Intervención

Una respuesta aparentemente justificada, en las normas y en los hechos, de la comunidad internacional para detener acontecimientos ocasionados por la acción agresiva del ser humano, en virtud de la defensa de unos valores universales aceptados por todas las naciones, es motivo de debates doctrinales y dudas prácticas.

Se da una convivencia tensa y conflictiva entre los dos troncos básicos del ordenamiento internacional: a) el Derecho internacional de coexistencia pacífica, vinculado a la estabilidad y a la seguridad internacional; y b) el Derecho internacional de los derechos humanos. Se trata de la tensión entre cuatro de los principios constitucionales del Derecho internacional: el principio de no intervención, junto con el principio de prohibición del uso de la fuerza, con los que se protege el principio de la soberanía nacional; y el principio de protección y/o salvaguarda de los derechos humanos. Se da una polémica sobre cuál de ellos prevalece y en función de cuál adquiriera un rango superior, se establece la legalidad o la ilegalidad de la “intervención humanitaria”. El hecho es la dificultad y la indeterminación de las normas internacionales en la definición de tal jerarquía normativa.

Como puede apreciarse en la sistematización presentada el Consejo de Seguridad en sus operaciones de mantenimiento de la paz, además de las medidas coercitivas por parte de los Estados, ha creado en la práctica un régimen normativo, institucional y operacional que trasciende ampliamente el método tradicional y que puede utilizarse temporalmente para sustituir a un sistema de gobierno colapsado, sin necesidad del consentimiento del Estado concernido. Es así como el Consejo de Seguridad de acuerdo con su propia interpretación, con el apoyo de la comunidad internacional ha transformado el papel que estaba destinado a desempeñar cuando se crearon las Naciones Unidas. Al comienzo actuaba como una especie de policía al servicio de la seguridad internacional, ahora tiene la función subsidiaria de un órgano de “gobierno y de administración” que apoya a los Estados en el desempeño de sus tareas internas de acuerdo con el artículo 2, párrafo 7, de la Carta. Donde se establece el principio de no intervención como una obligación de las Naciones Unidas, pero se la faculta para ejercer medidas coercitivas de acuerdo al capítulo VII, medidas que son interpretadas de una manera amplia.

Humanitaria y los Derechos Humanos”. México. Instituto de Investigaciones Jurídica UNAM. Revista Crítica Jurídica. No. 22. Jul-Dic. 2003. Pp. 295-297. www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm. Consultada en 03-12-07.

En el caso de los Estados desestructurados o colapsados resulta importante la distinción de la responsabilidad de los individuos y la responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado por violaciones del derecho internacional sigue vigente porque la capacidad jurídica del “Estado desestructurado” sigue existiendo. Se recuerda que el derecho internacional humanitario no reclama responsabilidad a un Estado por ninguna infracción si ya no tiene instituciones o funcionarios autorizados a actuar en su nombre.

De manera excepcional se puede responsabilizar a un Estado por los actos cometidos por un movimiento insurgente si éste logra establecerse como Gobierno del Estado o instituir un nuevo Estado, es decir, en el evento de continuidad del sujeto jurídico internacional con una nueva dirección en el Gobierno. De igual manera, un Gobierno está asimismo en libertad de asumir la responsabilidad explícita por los actos de particulares tras haber superado la situación de emergencia. Pero las normas predominantes, tienden a no responsabilizar al Estado desestructurado o colapsado en sí mismo por infracciones del derecho internacional.

De otro lado y con relación a las responsabilidades individuales, sí se cometen delitos en contra del derecho internacional en un Estado desestructurado o colapsado, en el que ha desaparecido el sistema judicial, un tercer Estado o la Corte Penal Internacional puede efectuar el enjuiciamiento y el castigo. Antes lo asumían las Naciones Unidas como desarrollo de las funciones del Consejo de Seguridad. Por consiguiente, en el evento de delitos graves de derecho internacional con conlleven graves violaciones en contra de la paz y de los derechos humanos la jurisdicción penal se extiende a toda la comunidad de los Estados, de acuerdo con una particular comprensión del principio de jurisdicción universal, como ya se vio atrás.

Ahora con la Corte Penal Internacional, la comunidad internacional cuenta con un mecanismo para administrar justicia en estos casos, así sea mediante remisión del asunto por la Consejo de Seguridad. También se han dado las experiencias de administración de justicia sobre crímenes internacionales cometidos en Estados en situación de desestructuración mediante la creación de tribunales mixtos mediante diversos instrumentos del derecho internacional.

El derecho penal internacional se ha fortalecido notablemente mediante en las dos últimas décadas, con los tribunales *ad hoc* para ex Yugoslavia y Ruanda, para situaciones

de colapso interno de algunas instituciones. También con el establecimiento de la Corte Penal Internacional. Estos tribunales penales internacionales garantizan la independencia e imparcialidad de las diligencias judiciales, condición que con dificultad se consigue en un sistema judicial en una situación de graves conflictos internos. El Tribunal de Ruanda es competente, de manera explícita, para juzgar delitos graves en contra de las normas para los conflictos armados internos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Mientras el Tribunal para la ex Yugoslavia, asumió ésta competencia en la doctrina emitida por la Sala de Apelaciones en el caso Tadic.

Por su parte el Estatuto de Roma estipula el enjuiciamiento de las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, exceptuando específicamente las situaciones de “disturbios y tensiones internos”. Se califican también como crímenes sujetos a la competencia de la CPI otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internos, cuando existe un conflicto prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

Es claro como el Estatuto de Roma da cabida dentro de su competencia a las situaciones de incapacidad del Estado que se da en las situaciones de los Estados desestructurados. También por incorporación en el Estatuto de expresiones que aluden a la acción de grupos en el territorio de los Estados. La expresión genérica del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de un “conflicto armado que no sea de índole internacional” o la expresión de conflictos “entre grupos”. En la primera expresión por su generalidad, en la segunda por la suposición de la inexistencia de fuerzas armadas del Estado formalmente estructuradas, en cuanto incapaces o convertidas en un grupo más en el enfrentamiento.

Tales avances en el derecho penal internacional han limitado la esfera interna de competencia del Estado al complementarla. En particular, los tribunales *ad hoc* se crearon para suplir unos sistemas judiciales que habían colapsado o habían dejado de funcionar, con lo cual se llenaba un “vacío de soberanía” Puede ser útil el efecto disuasivo de la responsabilidad penal individual, sin duda este principio constituye uno de los más importantes poderes del derecho penal internacional en las caóticas circunstancias de los “Estados desestructurados”. Porque tal responsabilidad individual subsiste aún en los Estados que no están en capacidad de funcionar, y cuya responsabilidad ya no se considera

en el derecho internacional humanitario, y es solamente formal en otros esferas del derecho internacional.

Desde la perspectiva de la activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en la situación de los “Estados desestructurados” y la comisión de graves crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, se considera que se está en el evento en el cual se da la inacción absoluta de las jurisdicciones nacionales, con lo cual se puede activar inmediatamente la jurisdicción de la Corte. Tal inacción se deriva en estos casos del colapso total, parcial o la carencia de una administración de justicia en los Estados afectados.

Al respecto resulta de la mayor importancia la continuidad de las obligaciones internacionales de los “Estados desestructurados” como Estados Partes de los tratados. En particular si el respectivo Estado es Parte del Estatuto de Roma, en cuanto se da posibilidad formal del ejercicio de las competencias de la Corte, así no se cuente con sujetos institucionales que puedan operar las obligaciones de colaboración con ella.

Resultan relevantes las experiencias internacionales de desarrollos judiciales con tribunales mixtos, competencias y procedimientos, que se han dado en la intervención de la comunidad internacional en países como Camboya, Sierra Leona y Timor Oriental.

CONCLUSIONES

A. COMPLEMENTARIEDAD Y ADMISIBILIDAD: FUERTE PRESUNCIÓN A FAVOR DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES

Se ha realizado un análisis del principio de complementariedad y las normas que los desarrollan en el Estatuto, bajo la perspectiva que lo entiende como fruto de un proceso político en el cual se encontraban en tensión las tendencias a la preservación de las potestades propias de los Estados y la necesidad de desarrollar instituciones internacionales que den eficacia al derecho internacional. Del proceso de elaboración del Estatuto, se encuentra que este se concibió con la idea de una fuerte presunción a favor de las jurisdicciones nacionales. La tensión mencionada marcó el diseño normativo de las reglas que rigen la admisibilidad de los asuntos o situaciones, tanto en el procedimiento como en la consagración de las excepciones que permiten la activación de la Corte.

El análisis de las normas de admisibilidad realizado confirma la importancia política del principio de complementariedad allí incorporado. Las normas de admisibilidad y las posibilidades de actuación procesal de los Estados para suspender en su favor las actuaciones de la Corte, confirman que las decisiones que se tomen con base en tales normas constituyen el punto de encuentro o desencuentro de las jurisdicciones estatales y la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en el propósito de superar la impunidad sobre los crímenes graves de trascendencia internacional. Dados los polos de tensión mencionados en la negociación y redacción del Estatuto estos aspectos quedaron con una regulación prolija de normas sustantivas y procedimentales, no siempre claras, que posibilitan diversos momentos de actuación de los Estados ante la Corte.

Se constata como las regulaciones detalladas y las diversas ocasiones de intervención de los Estados para hacer valer su jurisdicción, incluidas algunas duplicaciones en el examen de la admisión, obedecieron a las precauciones adoptadas por los Estados para que la Corte diera oportunidad de actuación a las jurisdicciones nacionales. La jurisdicción internacional de la Corte, como una jurisdicción de última *ratio*, sólo se pone en acto después de superarse el engorroso trámite de la admisibilidad con sus diversas incidencias procesales.

Se señala además la dispersión y cierta confusión en las normas que señalan el procedimiento de admisión de un asunto o situación. Fuera de las normas generales que consagran el principio de complementariedad, como son algunas declaraciones del Preámbulo y el artículo 1º del Estatuto, las normas que regulan de manera precisa y particular la admisión de un asunto situación ante la Corte, constituyen la expresión normativa en regulaciones particulares del principio de complementariedad en el Estatuto.

Las normas que regulan este principio son los artículos 17, 18, 19 y 20. Con normas complementarias relacionadas con la admisión en los artículos 15, 53, 57 y 82. Se consideran que son las normas centrales del principio de complementariedad por cuanto en ellas se adopta y se consolida la decisión de asumir el conocimiento judicial de una situación, o de un caso en el cual puede haberse cometido crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. En ellas además de activarse la jurisdicción de la Corte, se emite un pronunciamiento valorativo sobre las actuaciones de las jurisdicciones nacionales y sobre la situación misma de que se trate. Otras normas aluden a aspectos suplementarios del relacionamiento de los Estados con la jurisdicción de la Corte, donde se adoptan desarrollos adicionales del principio de complementariedad, como las normas de la Cooperación y la Asistencia Judicial, y la Parte X “De la Ejecución de la Pena”.

En esta medida, y de acuerdo con lo analizado, el principio de complementariedad, todo el Estatuto y la Jurisdicción de la Corte, más que pretender superar por sí misma la impunidad sobre los graves crímenes de trascendencia internacional, busca la actuación efectiva de las jurisdicciones nacionales en la investigación y juzgamiento de tales crímenes. La jurisdicción de la Corte actúa, inicialmente, como un acicate para estimular las actuaciones de las jurisdicciones nacionales. También porque, la Corte por sí misma no podría pretender superar la impunidad sobre estos graves crímenes. Por lo tanto, además de la función central que corresponde a una Corte penal, como es determinar la responsabilidad de las personas, esta cumple la función de monitoreo, examen y decisión sobre las actuaciones judiciales nacionales en cuando a su papel de investigación y juzgamiento de tales crímenes.

De acuerdo con lo dicho, la principal contribución, en el cometido de superar la impunidad, la deben desempeñar los Estados mediante el despliegue de sus potestades y en cumplimiento de sus obligaciones primigenias derivadas del reconocimiento de su

soberanía que les exige ejercer cumplida justicia en sus territorios y sobre su población y los extranjeros que allí delincan. Función que también se debe ejercer como derivada de las obligaciones específicas del derecho internacional en relación con graves crímenes de trascendencia para este ámbito normativo. Por ello resultan de un valor central las principales instituciones del derecho internacional, analizadas acá, por las cuales se radican tales obligaciones específicas en los Estados: la obligación de extraditar o juzgar y la jurisdicción universal.

B. TUTELA DE LA CORTE SOBRE LAS ACTUACIONES DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES

Se concluye entonces, que la complementariedad y el conjunto normativo para la remisión y admisión de una situación o un caso en la Corte, da a las jurisdicciones nacionales preferencia o prioridad, porque la Corte sólo actúa de manera subsidiaria. Pero esta conclusión debe ser matizada o completada con el análisis que permite decir que no se puede hablar de supremacía de los tribunales nacionales, pues la Corte goza de una situación preeminente o facultad de tutela y supervisión sobre las jurisdicciones nacionales. Las jurisdicciones nacionales gozan de una preferencia tutelada, y la Corte goza del poder de deshacer la presunción que favorece las jurisdicciones nacionales.

Tal situación se ha interpretado como una “conurrencia preferente de la CPI”, incluso, se ha elaborado una teoría sobre “la primacía formal de las jurisdicciones nacionales” y la “primacía material” de la Corte. Las jurisdicciones nacionales y la de la Corte concurren sobre los graves crímenes contemplados en el Estatuto, por lo cual se entiende que el principio de complementariedad del Estatuto consagra una de las modalidades posibles de concurrencia entre estas jurisdicciones. Tal concurrencia se da de acuerdo con precisos límites normativos de diversos tipos que generan exclusiones o exclusividades para cada una de las jurisdicciones.

La disposiciones sobre la admisibilidad de un asunto o situación en el Estatuto de Roma establecen un régimen donde la Corte no es una extensión de los sistemas de justicia penal de los Estados, sino que por el contrario son el momento procesal del despliegue del poder de otra jurisdicción, que actúa de manera autónoma, y con fundamentos normativos

propios. Todo ello dentro de un exigente y complejo marco legal configurado en el Estatuto.

C. POTESTADES DE LA CORTE SOBRE LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA

De acuerdo con lo visto el Estatuto concibe una secuencia procesal y unas facultades para la Corte y para los Estados que da una configuración dinámica a su ejercicio. En tal configuración se mantienen vigentes la jurisdicción del Corte y la jurisdicción de los Estados, de modo que estos mediante actuaciones de buena fe cuentan con la posibilidad de poner fin a la actividad de investigación y enjuiciamiento de la Corte en cualquier momento anterior al pronunciamiento de la sentencia firme. Tal situación procesal de permanente apertura y de posibles revisiones de la competencia y de suspensión de los procesos, finalmente actúa en detrimento de la jurisdicción de la Corte, pero promueve la actuación de los Estados.

La Corte tiene la última palabra sobre la idoneidad de las actuaciones de los Estados. La primacía material de la Corte se da con el ejercicio de la “competencia de la competencia”. Tal primacía material es una cláusula a favor de los valores de la Comunidad Internacional, lo cual se ve reforzado por las normas que regulan la relativización del principio de la cosa juzgada en el Estatuto.

El Estatuto adopta un principio de jurisdicción apropiado para crear un poder judicial independiente y dotado de las potestades jurídicas suficientes para garantizar el conjunto de valores y normas incorporados en el derecho internacional y en el Estatuto. A la Corte se le otorga la potestad de decidir sobre la puesta en actividad de su propia jurisdicción, es decir, es juez de su propia jurisdicción. Con esto se asegura, en gran medida, la independencia y la viabilidad de la Corte, en medio de los factores políticos entre los cuales deberá adoptar sus decisiones, tal como se dijo atrás.

De acuerdo con la documentación examinada y analizada se destaca como la competencia sobre la competencia configura el verdadero poder de la Corte Penal Internacional y en esta medida se convierte en la potestad central del amplio concepto de la complementariedad. Las normas sobre la admisibilidad con base en las cuales se decide

sobre la capacidad de las jurisdicciones nacionales y la idoneidad de sus actuaciones, constituyen la pieza central del principio de complementariedad en Estatuto, mientras la competencia sobre la competencia constituye la esencia complementariedad y de la admisibilidad. El poder de investigar y juzgar crímenes y criminales por parte de la Corte es un poder real que tiene enormes efectos en la vida de las naciones y en el curso de los conflictos. Pero el verdadero juego de factores de poder se da en torno a la decisión de la admisibilidad de los asuntos o casos en la Corte. Este poder se expresa en la facultad para declarar la inacción, la "falta de disposición" o "la falta de capacidad", la falta de gravedad de los crímenes o la poca relevancia del asunto para la justicia de una situación de crisis objeto de la pretensión de activación de la jurisdicción de la Corte.

Con la radicación de tal poder en la Corte, el principio de preeminencia de las jurisdicciones nacionales se convierte en un principio de carácter formal, ya que se termina por darle a la Corte una primacía material, donde ella tiene la última palabra, tanto desde el punto de vista procesal, como sustancial en tal decisión.

D. ADMISIBILIDAD: MÁRGENES DE DISCRECIONALIDAD Y CONSIDERACIONES POLÍTICAS

El diseño procesal, pero sobre todo las causales de admisión de un asunto o situación ante la Corte deja un importante margen de decisión que abre espacio a consideraciones políticas.

De especial importancia por cuanto conllevan un importante margen en la capacidad de decisión de la Corte para declinar su jurisdicción a favor de la jurisdicción de los Estados, se encuentran la causal o excepción de admisibilidad del artículo 17. 1. d. donde la Corte decide con base en la gravedad del asunto. De igual manera y en el mismo sentido, se encuentra la facultad del Fiscal del artículo 53. 1. c. de no dar inicio a una investigación por cuanto se valora que ella no redundaría en interés de la justicia, a pesar de constarse la gravedad de crimen. Ambas normas confirman la tendencia predominante en la redacción de las normas que desarrollan el principio de complementariedad de la Corte, como una jurisdicción de *última ratio* y con una fuerte presunción a favor de la jurisdicción de los Estados.

En el particular diseño que se dio en el Estatuto de Roma, el principio de complementariedad fue la fórmula política que permitió la aprobación de la creación de la Corte Penal Internacional. La particular configuración de este principio en el Estatuto resultó satisfactoria para la mayoría de los Estados e hizo posible la aprobación del Estatuto. De modo que se da preeminencia temporal y formal a las jurisdicciones de los Estados y se da a la Corte una preeminencia material por la potestad para declarar la eficacia o ineficacia de las actuaciones de los Estados. Se trataba de otorgar facultades penales una materia tradicionalmente reservada a los Estados y considerada una de sus prerrogativas centrales.

En el proceso de elaboración del Estatuto, el principio de complementariedad tal como quedó establecido responde a la necesidad de los Estados de establecer un mecanismo con algún nivel de eficacia para superar la impunidad y al tiempo con una jurisdicción precisa, limitada y sometida a requisitos exigentes de admisión de los asuntos.

En el estudio realizado nos encontramos de manera recurrente con la preocupación por el condicionamiento político de las actuaciones de la Corte. El principio de complementariedad una vez puesto en ejercicio compromete la vida, la presencia y las posibilidades de actuación de la Corte en el escenario judicial pero también en el político y diplomático internacional. Este principio tendrá que ver con dilemas políticos y jurídicos al interior de los Estados. En ocasiones el ejercicio de la jurisdicción territorial o universal del Estado puede verse dificultada por razones jurídicas o políticas. En escenarios como éste, el principio de complementariedad de la Corte puede constituirse en una fórmula de salida a esas situaciones, como ya se ha visto en ciertos casos remitidos a la Corte por los mismos Estados.

Dada la necesidad de actuar en contextos políticos, que de modo necesario imponen condicionamientos, el principio de complementariedad no puede verse como una solución definitiva al problema de la impunidad, por cuanto ésta pasa por situaciones que van más lejos de la configuración de este principio en el Estatuto. Tal principio es un medio que requiere de voluntad política, y ésta depende de los contextos políticos mencionados.

Así mismo la activación de la jurisdicción de la Corte con base en los criterios del principio de complementariedad es necesariamente selectiva. Tanto por condicionamientos propios del contexto político, como por la incapacidad de la Corte para responder a los

asuntos o situaciones que se le presenten. En esta medida la discrecionalidad de ciertos poderes otorgados a la Corte responden bien al carácter que tendrán muchas de sus decisiones. Incluso una vez activada su jurisdicción deberá superar muchos otros obstáculos relacionados con marcos jurídicos nacionales insuficientes que en ocasiones podrán encubrir falta de voluntad política para cooperar con las actuaciones de la Corte.

Dentro del proceso de admisibilidad los conceptos de “falta de disposición” y “la incapacidad” resultan ser los conceptos centrales del examen y valoración que deberá hacer la Corte sobre las actuaciones de los Estados. En esta medida constituyen las normas y las potestades centrales del principio de complementariedad. Mientras la evaluación de la gravedad del asunto como suficiente para justificar la actuación de la Corte constituye la norma central que otorga a la Corte un amplio margen de discrecionalidad para asumir un asunto o situación, junto con la norma que la faculta para declarar que la asunción de un asunto o situación no redunde en interés de la justicia.

Sobre los procedimientos en la Corte para determinar los factores de admisibilidad se optó por la clasificación que entiende el Estatuto como un conjunto normativo complejo que aborda materias procesales y sustantivas. Tal complejo normativo no puede reducirse en su parte procesal a la consagración de un proceso penal con sus dos fases, una de instrucción e investigación dentro de la cual se da el proceso de activación de la Corte y una fase de juicio. El Estatuto contiene tres procesos distintos dentro de los cuales se desarrollan hasta siete procedimientos distintos. Los tres procesos son: un proceso de activación de la jurisdicción abstracta de la Corte; un proceso penal, propiamente dicho; y un proceso civil para determinar la responsabilidad civil del condenado o de la propia Corte, cuando haya lugar a ello.

Las siete modalidades procedimentales que se dan son: tres procedimientos dependiendo de quién ejercita la acción, el Consejo de Seguridad, un Estado Parte, o la Fiscalía; dos procedimientos penales, uno para la substanciación de las causas por los delitos centrales del Estatuto, y otro para los delitos accesorios contra la administración de justicia en la Corte; y dos procedimientos civiles para deducir la responsabilidad civil del condenado, y otro para la responsabilidad civil de la propia Corte

Se indican algunos problemas a este complejo diseño procesal: se otorgan poderes cuasi-jurisdiccionales a la Fiscalía; se otorga limitada eficacia a algunas resoluciones de la

Sala de Cuestiones Preliminares y de la Sala de Primera Instancia sobre los incidentes de jurisdicción o admisibilidad; la ausencia de plazos preclusivos para abrir el debate procesal sobre este tipo de cuestiones; y la ausencia de normas que permitan la acumulación de las distintas impugnaciones a la jurisdicción o admisibilidad.

En esta medida la activación de la jurisdicción o la decisión de cuestiones de admisibilidad en el Estatuto tienen su propio procedimiento durante la etapa de activación. Aunque también tiene nuevas oportunidades para la reapertura del debate sobre este tema en incidentes a lo largo del proceso penal. Posibilidades que constituyen un problema procesal ya que se permite un cuestionamiento extendido en el tiempo a la jurisdicción de la Corte.

Con relación a la actuación de los Estados, la jurisdicción de la Corte no podrá activarse a menos que ella misma verifique y valore que el Estado “no esté dispuesto” o “no pueda” “realmente” adelantar un proceso eficaz.

E. POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE LOS ESTADOS SOBRE CRÍMENES INTERNACIONALES: OBLIGACIONES AUT DEDERE AUT JUDICARE Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Desde el punto de vista de las posibilidades de actuación con base en obligaciones de los Estados, que deben ser tenidos en cuenta a la hora de poner en ejercicio la jurisdicción complementaria de la Corte, se analizó el estado actual de desarrollo y práctica de las obligaciones especiales para la investigación y juzgamiento de los graves crímenes de derecho internacional. Se trata de la obligación de extraditar o juzgar y el principio de jurisdicción universal sobre los graves crímenes de trascendencia internacional.

El principio de extraditar o juzgar cuenta con cierta prioridad temática por encontrarse más vinculado a las obligaciones primigenias de los Estados con la represión de crímenes cometidos en su territorio o por sus nacionales. Tal obligación tiene una práctica prolija en los tratados, sobre todo por la adopción de diversas convenciones contra el terrorismo y otros crímenes que amenazan a la comunidad internacional. Su inclusión en los tratados ofrece una base suficiente para examinar si la obligación de extraditar o juzgar constituye una verdadera obligación jurídica en derecho internacional consuetudinario. Se

trata de uno de los asuntos que requieren pronta aclaración, la posibilidad de reconocer que tal obligación no se funda sólo en los tratados, sino también, en alguna medida, en normas consuetudinarias, por recoger el consenso en la práctica de los Estados. También tiene ya un grado de desarrollo suficiente como para que se proceda a su codificación.

Un sector de la doctrina opina que la obligación *aut dedere aut judicare* está establecida en el derecho internacional consuetudinario, y al tiempo es *jus cogens*, sin que ésta última característica se derive de la primera. A diferencia de lo que ocurre con la jurisdicción universal, donde las opiniones más autorizadas consideran que no hay una práctica uniforme y constante que le otorgue carácter de derecho consuetudinario a la potestad de los Estados de investigar y juzgar graves crímenes internacionales.

Este principio se encuentra más relacionado con la obligación primigenia de los Estados en materia de juzgamiento y punición, en esta medida se ubica en el horizonte de la complementariedad de la Corte Penal Internacional. También se ubica en un campo particular que se denomina la universalidad de la represión que debe diferenciarse del campo de la universalidad de la jurisdicción y de la competencia de órganos judiciales, donde se encuentran la jurisdicción universal y los tribunales internacionales. La universalidad de la represión busca de manera fundamental prohibir que no haya lugar donde el autor de graves crímenes de trascendencia internacional no cuente con un lugar donde pueda eludir el ejercicio de una jurisdicción penal sobre él y sus actos.

De acuerdo con la revisión documental realizada, se encuentra que en su nivel actual de desarrollo la obligación *aut dedere aut judicare* constituye una importante base jurídica de actuación de los Estados en el ejercicio prioritario de su jurisdicción y en relación con el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional.

La otra figura que establece la posibilidad de actuación de los Estados, por lo menos en el nivel teórico, es la jurisdicción universal. De acuerdo con la referencia a un importante estudio sobre esta institución se encuentra que en el amplio campo del derecho penal internacional muy pocas tratados adoptan disposiciones sobre las jurisdicciones competentes para su investigación y juzgamiento, y son menos las que hacen referencia explícita a la jurisdicción universal. Se encuentra más referencias a la obligación de extraditar o juzgar.

Luego de un período de auge en la incorporación de normas internas que habilitaran la jurisdicción universal y su uso práctico, en la década de los años 2000 tal tendencia cesó y se produjo, incluso, una regresión. Uno de los casos más paradigmáticos de esta dinámica se dio en la legislación española sobre la materia. Se puede decir que lo sucedido en España, con un conjunto sucesivo de decisiones sobre jurisdicción universal, refleja las tensiones y la situación de crisis de esta institución en la actualidad.

Como nota final de este proceso una decisión del órgano legislativo español puso el debate en una dirección inesperada. Se dispuso que en caso de denuncias ante tribunales españoles que no involucre víctimas españolas, el asunto debe orientarse para que sea llevado por los denunciados ante la Corte Penal Internacional. Sólo en caso de inadmisión en dicha Corte el asunto podrá considerarse de nuevo en la jurisdicción española. Esta norma coloca el principio de complementariedad en una dirección contraria a la prevista en el Estatuto de Roma, donde primero deben actuar las jurisdicciones nacionales. Este mismo elemento fue introducido en la reforma a la Ley sobre jurisdicción universal en Bélgica en 2003.

La tendencia orientada a limitar los alcances de facultades relacionadas con la jurisdicción universal, se presentaron en Bélgica, como ya se mencionó, así como en Canadá y Alemania.

En suma se puede decir que las regulaciones establecidas por los Estados para generar legislaciones internas que permitan el ejercicio de la jurisdicción universal en sentido estricto, sin ninguna conexidad, son escasas y algunas de ellas fueron de corta vigencia. Lo que existe es un pequeño número de leyes nacionales divergentes que pretenden dar alguna cabida a la jurisdicción universal, lo cual no constituye una práctica estatal con duración, uniformidad, consistencia y generalidad. Por tal razón se considera que son insuficientes para generar una práctica Estatal constitutiva de derecho consuetudinario.

Se ha recurrido con mayor frecuencia a la generación de jurisdicciones extraterritoriales con base en la conexión entre el crimen y el Estado, por la relación con el territorio, la nacionalidad del presunto criminal o de la víctima. Como se pudo apreciar en las regulaciones limitantes introducidas después del año 2000.

Aún así, un sector importante de la doctrina propende por una teoría independiente de la jurisdicción universal con respecto a los crímenes internacionales de *jus cogens*, es decir, sin requerir la evidencia de una conexión con factores particulares de competencia. Con base en la teoría de la necesidad de la acumulación de fuentes, se considera que la jurisdicción universal es por lo menos reconocida con respecto a los crímenes *jus cogens*. Muchos autores respaldan la posición en cuanto a que los crímenes de *jus cogens* exigen la aplicación de la jurisdicción universal, cuando resultan ineficaces otros medios para dar aplicación a la obligación de extraditar o juzgar. Por lo tanto cuando los medios jurisdiccionales disponibles no son efectivos, debe aplicarse la jurisdicción universal.

La realidad es que muy pocos Estados tienen disposiciones que permitan el procesamiento de crímenes internacionales *jus cogens* mediante una competencia de jurisdicción universal en sentido estricto. También es cierto que ningún Estado ha ejercido la jurisdicción universal sin legislación nacional y sólo apelando a las normas internacionales convencionales que aportan base a dicha jurisdicción. Tampoco los órganos judiciales internacionales creados después de la Segunda Guerra (cinco comisiones investigadoras, cuatro tribunales *ad hoc*) han sido fundados con base en normas de jurisdicción universal.

No basta con el reconocimiento de la jurisdicción universal, para que la misma se convierta en norma jurídica vigente, aplicable y eficaz. Se requieren tres condiciones básicas para la aplicación de la misma: en primer lugar, una razón específica para autorizar dicha jurisdicción; en segundo lugar, una definición suficientemente clara del crimen, y por último, que sus elementos constitutivos y medios nacionales de aplicación permitan a las instancias locales actuar. Si alguna de estas condiciones está ausente, el reconocimiento de la jurisdicción universal pasa a ser sólo una expresión de deseo u otra forma política de hacer caso omiso a las obligaciones internacionales.

La relación entre la obligación de extraditar o juzgar y la jurisdicción universal con el principio de complementariedad de la Corte se encuentra en el propósito de superación de la impunidad que orientó la creación de la Corte. Las potestades de la Corte deben constituir un incentivo para la actuación de los Estados, de manera que ella permanezca como *ultima ratio*. También constituye un dispositivo de seguridad para verificar que las actuaciones de los Estados se lleven a cabo. Por eso resultan contrarios con estos propósitos

las disposiciones legislativas de algunos Estados, ya mencionados, en los cuales se orienta el envío inmediato a la Corte de casos susceptibles de actuaciones con base en la jurisdicción universal.

F. LAS NORMAS Y LA DECISIÓN DE ADMISIBILIDAD

La configuración jurídica de los requisitos de admisibilidad se explica, en la mayoría de sus aspectos, por el complejo proceso político en su negociación y aprobación. El examen de las normas de admisibilidad del Estatuto, artículos 17 a 20, da cuenta en sus diversos elementos, de las dificultades políticas en el proceso de aprobación. Se encuentran allí una mixtura de elementos de situación sobre el estado de avance de los procesos judiciales en las jurisdicciones nacionales, elementos de situación sobre el grado de estructuración en que se encuentran las jurisdicciones nacionales, elementos subjetivos relacionados con los propósitos desviados en el adelantamiento de los procesos judiciales en las jurisdicciones nacionales, así como elementos del derecho internacional de los derechos humanos asociados, en ocasiones, a los propósitos mencionados. Además un prolijo procedimiento de admisión y verificación de la jurisdicción y competencia. Son evidentes diversas fallas de técnica legislativa en la disposición de todos estos elementos, explicables por las tensiones políticas que fue necesario conciliar en la aprobación del Estatuto.

Los conceptos de “falta de disposición” y “la incapacidad” resultan centrales en el procedimiento de admisibilidad y constituyen una decisión de carácter sustantivo que debe realizar la Corte. No toda actuación de las jurisdicciones nacionales tiene la capacidad de impedir la adopción de la decisión de admisión o de activación de la jurisdicción abstracta de la Corte, por cuanto la Corte tiene la potestad de revisar la intención y la idoneidad de las actuaciones de los Estados de acuerdo con el objetivo de superar la impunidad para los más graves crímenes de trascendencia internacional. La decisión de la Corte sobre estas causales o excepciones de admisión de un asunto constituye el núcleo del principio de complementariedad de la Corte por cuanto es en ellas donde la Corte se pronuncia sobre la idoneidad de las actuaciones de las jurisdicciones nacionales y decide asumir o no la investigación y el juzgamiento de los casos derivados de la situación.

Dos causales adicionales tiene la Corte para decidir la inadmisión de un asunto o situación. De un lado porque no se considere que revista la suficiente gravedad para justificar la actuación de la Corte (art. 17. 1. d). De otro lado que la inexistencia de razones substanciales para creer que una investigación no redunde en interés de la justicia, aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas (art. 53. 1. c.). Ambas causales constituyen el establecimiento del principio de oportunidad en el Estatuto. Ambas disposiciones conllevan una contradicción al interior del Estatuto en sus disposiciones centrales. La Corte se erigió para conocer de manera complementaria de un conjunto de crímenes que de por sí ya son graves en su propia naturaleza y tipificación (Preámbulo párrafos 3 y 4) y en los artículos 1º y 5.1. Por lo tanto fuera de la ocurrencia de estos graves crímenes no deberían reclamarse factores adicionales de gravedad o consultarse otros intereses, en el proceso de admisión de los asuntos ante la Corte. Otros intereses no previstos en el Estatuto pueden tener una protección prioritaria con estas disposiciones.

En el proceso de elaboración y negociación de estas causales específicas de admisión, la incapacidad del Estado, contó siempre con una fácil aceptación. Muchas razones lo explican, de un lado, la existencia de Estados fallidos o colapsados constituye una preocupación para la comunidad internacional, de otro sólo muy pocos estados y con poco poder en el contexto internacional pueden llegar a recibir una calificación de incapacidad, como la establecida en el Estatuto, para dar lugar a la admisión de una situación o asunto ante la Corte Penal Internacional. Si bien el Estatuto se refiere es a la incapacidad de adelantar los procesos penales sobre los crímenes de competencia de la Corte, tal incapacidad se valorará en el contexto del nivel de estructuración general del Estado.

Contrastó esto con el debate sobre la admisibilidad de causas que hayan sido objeto de decisiones de fondo en los procesos judiciales internos con relativización del principio de la cosa juzgada, así como también los elementos que definen la falta de disposición. Se entiende que en este caso se juzga el comportamiento de otros estados sobre los cuales no existe cuestionamiento a su capacidad, sino a su voluntad política para adelantar los procesos penales, donde el radio de acción de la Corte se amplía.

Algunos estados propugnaron por grandes restricciones para la Corte en el momento de conocer casos ya juzgados, por su parte un grupo importante de estados y organizaciones no gubernamentales propugnaron por amplios márgenes de discrecionalidad para la Corte. Posición está que fue acogida en la Conferencia de Roma.

Por su parte las normas sobre la falta de disposición quedaron vinculadas a un conjunto de disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos cuya inobservancia puede indicar en muchos casos el propósito de sustraer a alguien de sus responsabilidades penales. Tales referencias normativas al derecho internacional fueron introducidas con la intención de dar mayor objetividad a las decisiones de admisión de un asunto en la Corte, así como para disminuir el margen de discrecionalidad en tales decisiones. En muchas ocasiones la observancia de las garantías guarda sólo una relación indirecta o ninguna con las intenciones desviadas de sustraer a alguien de sus responsabilidades penales.

La admisibilidad de un asunto o situación de acuerdo es una decisión constitutiva por cuanto activa la jurisdicción de la Corte y da inicio a un proceso penal. También tienen tal carácter cuando tales decisiones se tomen para suspender la actuación de la Corte. Se trata de decisiones substantivas o materiales, no en materia de responsabilidad penal de procesado, sino sobre un conjunto de actuaciones o situaciones de los Estados con relación a los procesos judiciales internos sobre los crímenes de competencia de la Corte.

En la decisión de admisibilidad, cuando se valora la disposición de los Estados para adelantar los procesos penales, la Corte está facultada para examinar la buena fe por parte de las jurisdicciones nacionales. Es decir, juzga sí las actuaciones de las jurisdicciones de los Estados estén realmente orientadas y encaminadas a arrojar verdad sobre los hechos y a establecer la relación del sospechoso con ellos.

G. LA FALTA DE “DISPOSICIÓN”

En las normas de admisibilidad el concepto general de falta de “falta de disposición” (17. 1) es desarrollado en un complejo ayuntamiento de situaciones y conceptos del derecho internacional de los derechos humanos en las tres circunstancias dispuestas en el artículo 17.2. Con base en estas normas, la Corte hará una constatación de

las situaciones y de los elementos subjetivos o intencionales dentro de las actuaciones judiciales y las decisiones tomadas en el curso de los procesos penales adelantados por las jurisdicciones nacionales.

El examen de elementos subjetivos se dará en las actuaciones y decisiones de los funcionarios e instituciones como parte del sistema de administración de justicia del Estado de que se trate, ya que en dichos actos se manifiesta la voluntad del Estado sobre el procesamiento de los crímenes de competencia de la Corte. Tales elementos subjetivos son deducidos de los contenidos de las decisiones y de la forma como se conducen los procesos penales en las jurisdicciones nacionales. En algún momento podrán ser relevantes para evaluar la voluntad del Estado pronunciamientos o decisiones de otras autoridades del ejecutivo o del legislativo.

En las causales de admisión la Corte examina también situaciones o hechos que directamente no constituyen conductas o comportamientos de los Estados. Se trata de verificar la existencia de un proceso de investigación o enjuiciamiento, es decir, se verifica la existencia de procesos penales en curso (17.2. a). En un segundo momento se evalúa si estos procesos están afectados por falencias de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos, porque se demoran de manera injustificada o porque falta independencia e imparcialidad. Dados estos elementos debe encontrarse su conexión con la intención de no hacer comparecer a la persona ante la justicia. La comparecencia no debe entenderse, como la simple comparecencia física, sino como el desarrollo de procesos capaces de deducir o descartar la responsabilidad de una manera adecuada. En esta medida la situación de existencia o no de procesos penales debe ser relacionada con los elementos subjetivos o intencionales que connotan la “falta de disposición” para poder proferirse una decisión de admisibilidad en la Corte.

La admisibilidad por esta causal es una decisión compleja para la Corte que supondrá un esfuerzo probatorio y argumentativo, en medio de una inevitable ponderación política de la decisión, dentro los márgenes de discrecionalidad que se le otorgan la Corte en el Estatuto para esta decisión. En estas dos causales o excepciones, la indisposición y la incapacidad, tal como fueron desarrollados en el Estatuto, se encuentra el núcleo de la admisibilidad, se puede decir, el núcleo normativo de la complementariedad de la Corte Penal Internacional con las jurisdicciones nacionales.

Los elementos subjetivos o de intención que permitan concluir la falta de disposición de los Estados conllevan un juicio valorativo sobre el comportamiento del Estado, una declaración al respecto y una decisión constitutiva consistente en la activación de la jurisdicción de la Corte. Juicio o valoración que implican el examen y constatación de una conducta intencionada, una actitud de mala fe, un comportamiento orientado por intenciones no acordes con el propósito de administrar genuina justicia y la intención de burlar valores y normas del derecho internacional. En esta medida coincide con conductas ilícitas en cuanto violaciones del derecho internacional que entrañan responsabilidades en otros ámbitos del derecho internacional.

H. ELEMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA CAUSAL DE “FALTA DE DISPOSICIÓN”

Dentro de los elementos que desarrollan el concepto de “falta de disposición” se destacan también aquellos que obligan a la Corte a tener en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional. Referencia normativa que se completa con la alusión a la “demora injustificada” y la falta de independencia e imparcialidad. Tales elementos fueron incorporados a los juicios de admisibilidad con la intención de dar objetividad y certeza al ejercicio de esta facultad de la Corte. Se creyó que la referencia a estas normas, entregaba criterios conocidos para la decisión de la Corte y le restaba márgenes de discrecionalidad.

El hecho de una “demora” y su falta de justificación en las actuaciones de un Estado, se debe considerar, además, como una situación de “inacción *a posteriori*” del Estado. Por lo tanto puede fundamentar la activación de la jurisdicción de la Corte. Estos elementos juntos, “demora injustificada” y la “falta de intención de hacer comparecer”, ponen mayor exigencia a la norma de la inacción, la cual de suyo no debe estar sometida a ningún condicionamiento.

El examen del cumplimiento del debido proceso y de la independencia judicial en las decisiones de admisibilidad, ha sido cuestionado por cuanto coloca a la Corte en el papel que cumpliría un tribunal de apelaciones y no el papel de una Corte con una jurisdicción complementaria e instituida para examinar factores de impunidad. Además lo

ha sido desde la perspectiva que sostiene que dicho examen es más propio de las instancias internacionales encargadas de verificar la adecuación de las actuaciones nacionales a los estándares internacionales en materia de derechos humanos. También se ha anotado que su introducción trae imprecisión al elemento “falta de disposición”.

Las violaciones, en general, de los principios y normas del debido proceso en los actuaciones nacionales no guardan relación siempre, ni por sí mismas con el elemento intencional de la “falta de disposición”. Por lo tanto debe demostrarse en cada caso la relación entre estos elementos normativos y su violación con la intención de sustraer de la responsabilidad. Por su parte la falta de intención de hacer comparecer (17. 2. b y c) es por sí misma una falta de disposición del Estado. A su vez la falta de disposición o de voluntad para procesar puede expresarse de muchas maneras en las actuaciones judiciales de los Estados, no solamente a través de una demora injustificada o una falta de independencia del poder judicial, como parte de las garantías procesales. Corresponde preguntarse por otros eventos en los cuales aparezca la falta de disposición del Estado sin que encuadre de manera exacta en las excepciones descritas en el artículo 17.

Tales referencias normativas a normas del derecho internacional de los derechos humanos hacen necesario que se tome en cuenta el importante cuerpo de doctrina y jurisprudencia de los organismos de derechos humanos y de las Cortes Internacionales sobre ellas. En particular se deben tener en cuenta los desarrollos sobre figuras jurídicas como el “plazo razonable”, los “juicios justos” y “los límites a las amnistías e indultos”. Además una especial consideración merece la relación entre la relativización de la cosa juzgada y la observación de las garantías del *non bis ibidem*.

I. COSA JUZGADA, NON BIS IBIDEM Y “FALTA DE DISPOSICIÓN”

En el Estatuto las sentencias firme de las jurisdicciones nacionales pueden ser examinadas por circunstancias que puedan calificarse como “falta de disposición” por parte de los Estados para sancionar a los responsables de crímenes de competencia de la Corte. En esta medida el concepto de "falta de disposición" tiene mayor preeminencia que el principio *non bis in ídem*, ya que la eficacia de la cosa juzgada de las resoluciones en firme de

los órganos jurisdiccionales nacionales tiene las excepciones contempladas en el artículo 20.3 del Estatuto. Además, puede decirse, que la cosa juzgada tiene límites adicionales por la falta de precisión de las circunstancias de “falta de disposición” a la que se hizo referencia. Fuera de lo anterior la Corte no dispone de un plazo preclusivo para el ejercicio de este poder jurídico.

Un sector importante de la doctrina considera que se genera un margen de inseguridad jurídica sobre el valor de las providencias en firme de las jurisdicciones nacionales ante la Corte. La consecuencia, de acuerdo con esta postura, es una disminución de las garantías que el principio *ne bis in ídem* ofrece a toda persona humana contra procesamientos recurrentes por los mismos hechos.

Otro sector de la doctrina y la jurisprudencia, pone en acento en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho internacional y los fines superiores del Estatuto de Roma. La Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia de examen de constitucionalidad del Estatuto, señaló que los eventos en los cuales se restringe el principio de la cosa juzgada tienen presupuestos de mayor valor, como sería una violación del deber nacional e internacional de sancionar los graves crímenes de competencia de la Corte; una actuación de las autoridades contraria al deber constitucional y de derecho internacional de dar protección que incumbe a las autoridades nacionales; y un desconocimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario que tienen prevalencia en orden interno. En esta medida las restricciones al principio de la cosa juzgada en el Estatuto constituyen un desarrollo del deber de protección que tienen los Estados. Es necesario que se creen mecanismos necesarios para impedir que circunstancias como las descritas en el artículo 20 del Estatuto, obstaculicen conocer la verdad de los hechos y el logro de la justicia.

Sobre amnistías e indultos, el Estatuto de Roma guardó silencio, lo cual no quiere decir que no haya normas en él que guarden alguna relación con estas posibilidades de actuación de los Estados. La amnistía o el indulto que se otorgue deben estar bien motivadas y estar complementadas con medidas de verdad y reparación a las víctimas, porque de lo contrario sus deficiencias pueden dar lugar a una decisión de admisión de un caso o asunto ante la Corte. En algunos documentos oficiales de algunos de los órganos subsidiarios de las Naciones Unidas se sostiene que la reconciliación requiere respuesta a las verdaderas necesidades de la justicia.

Para la Corte Constitucional de Colombia las competencias de la Corte Penal Internacional no impide al Estado la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos y por los delitos comunes conexos. Siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.

Se puede concluir que existen dos límites al poder de los Estados de otorgar amnistías e indultos. De un lado debe ser única alternativa a disposición de un Estado para facilitar su proceso de transición a la democracia o al Estado de derecho. Del otro la medida nunca puede abarcar conductas que impliquen crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, o violaciones graves a los derechos humanos.

J. JUICIOS JUSTOS Y PLAZO RAZONABLE

Los elementos normativos de derecho internacional de los derechos humanos incluidos en las normas de admisibilidad se entienden por cuanto todo proceso penal pone a prueba el compromiso del Estado de respetar los derechos humanos. Las normas internacionales establecen para los Estados la obligación de procesar a los responsables de la comisión de crímenes, obligación que no se entiende sin la incorporación de las normas sobre la conducción justa y adecuada de los procesos desde el punto de vista de los derechos de los procesados y de las víctimas. Al tiempo la obligación de garantizar los derechos humanos también incluye la obligación de investigación y enjuiciamiento de los presuntos infractores de normas penales, inclusive de las violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Se trata de obligaciones correlativas que se contienen de manera mutua. Lo cual explica su inclusión en el Estatuto de Roma dentro de las normas de admisibilidad y de manera concreta en relación con la disposición del Estado para procesar a los presuntos responsables de crímenes de competencia de la Corte.

El derecho a un juicio justo en los procesos penales por crímenes que además son de competencia de la Corte Penal Internacional es un derecho humano fundamental y un principio - de derecho internacional universalmente reconocido con anterioridad a las normas del Estatuto de Roma y las normas esenciales contenidas en estas garantías constituyen normas de derecho internacional consuetudinario y normas de *jus cogens*.

La evaluación de la adecuación de un proceso penal a los estándares internacionales es una labor compleja donde deben examinarse las particularidades del caso, así como el contexto normativo, institucional, social y cultural donde se da el juicio. La evaluación versa sobre la forma como se adelantan los procedimientos, lo cual supone un análisis de los procedimientos mismos en su concepción normativa en la legislación nacional que los establecen y su adecuación con las normas y principios de derecho internacional sobre la materia, así como la puesta en práctica de tales disposiciones. La Corte Penal Internacional, dado su carácter excepcional, deberá basar su decisión de admisión en la ocurrencia de fenómenos variados y complejos que atentas contra el debido proceso y que guarden relación con la falta de disposición del Estado para procesar a los presuntos responsables.

Con relación a las demoras injustificadas (17.2.b), tal concepto tiene su desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos bajo el concepto del “plazo razonable” en el curso de los procesos judiciales. La obligación de actuar dentro un término razonable de tiempo se inscribe dentro de la obligación de los Estados de hacer efectivos los derechos mediante la toma de todas las medidas necesarias, la obligación de otorgar garantías judiciales y la obligación de investigar, juzgar y sancionar. Obligaciones propias y desarrolladas en el derecho internacional de los derechos humanos.

La “razonabilidad” de los términos para las investigaciones y los juicios penales se entiende por la necesidad de dar satisfacción tanto a los derechos de los procesados, como también a los derechos de las víctimas y las finalidades del Estado y de la comunidad internacional en el proceso penal.

La jurisprudencia internacional han elaborado un *test* sobre la razonabilidad de los plazos procesales que comporta “el examen de tres elementos: (1) la complejidad del asunto; (2) la actividad procesal del interesado; y, (3) la conducta de las autoridades públicas. En algunos casos, se añade un cuarto elemento consistente en el análisis de la importancia del litigio para el interesado. En otras oportunidades, el *test*, ha sido sustituido por un "análisis global del procedimiento", con miras a la determinación de la razonabilidad del plazo.

Los derechos a una vía procesal adecuada pueden verse vulnerados tanto por la excesiva duración de un determinado procedimiento judicial como por la excesiva brevedad del mismo, y por lo tanto por ser inútiles, por este sólo hecho, y por generar indefensión e

incapacidad para hacer efectivos los derechos y obligaciones. Aún así el Estatuto sólo considero que afecta la “falta de disposición” las demoras injustificadas, cuando los procesos breves y sumarios también pueden utilizarse para sustraer a la persona de sus responsabilidades.

El examen de la Corte, en situaciones de indisposición por demora injustificada, muy probablemente, no se limitara a la referencia normativas delimitada, sino al amplio referente del derecho internacional de los derechos humanos en materia de garantías y su relación con la intención de no hacer comparecer.

K. LA INCAPACIDAD DEL ESTADO

La “falta de capacidad” para investigar o enjuiciar los asuntos o casos de competencia de la Corte constituye otra de las causales o excepciones para la admisión de un asunto en la Corte Penal Internacional. El párrafo 17.3 explicita los contenidos de este concepto con los siguientes elementos: a) la carencia de una administración de justicia en el Estado que adelanta las actuaciones; o b) el “colapso total o substancial” de la misma; c) de donde se derivan la imposibilidad de hacer comparecer al acusado, o la imposibilidad de disponer de las pruebas y los testimonios necesarios; d) o no se está, por otras razones, en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Establece el Estatuto varias distinciones: la carencia de administración de justicia y el colapso total o substancial del aparato judicial. La carencia de administración se hace sin ninguna connotación adicional, de manera simple, no existe la administración de justicia. En cambio el colapso tiene una connotación de tiempo y una connotación de gravedad. Se trata de un colapso, existía antes una administración de justicia que en algún momento colapso o entró en situación de infuncionalidad total o substancial. No se trata de cualquier infuncionalidad, el colapso tiene que ser total o substancial, es decir tiene que ser grave. El colapso total supone un infuncionalidad general de los órganos y de las funciones judiciales. Un colapso substancial, sería aquel, que no siendo total, afecta las principales o la mayor parte de las funciones judiciales. Entre el colapso total y el substancial se presenta una diferencia de grado. Se trata de casos especiales que incluyen situaciones como la guerra civil desastres naturales que llevan al colapso del Gobierno y la administración de justicia del Estado.

Las situaciones que de manera real deba valorar la Corte se relacionen más con el nivel o grado de colapso que se presente en un sistema judicial determinado. Porque en todas partes siempre queda algo de aparato estatal, emerge otro de manera paulatina, o se mantiene en situación de infuncionalidad después de una situación de crisis. Aunque en los últimos años las Naciones Unidas y otras expresiones de la Comunidad Internacional tuvieron que hacer frente a una situación, que muy posiblemente podría calificarse de carencia de administración de justicia, y de un modo más general, de carencia de Estado.

La amplitud con que se establecieron estas normas sobre incapacidad en el Estatuto se debe a que este aspecto fue consensuado de manera temprana en los trabajos preparatorios. En la Conferencia de Roma se debatió la inclusión de una fórmula que incluyera el colapso total o parcial o una que incluyera solamente el colapso total. Finalmente se impuso la segunda fórmula y por eso el Estatuto recoge la expresión “colapso total o substancial”, con lo cual la expresión que aludía a la parcialidad del colapso quedó por fuera por que significaba un margen de discrecionalidad muy alto para la Corte.

Aún así, la expresión “no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio” con la que finaliza el párrafo 3 del artículo 17, resulta interesante porque abre a la Corte la posibilidad de considerar otros aspectos de la situación, incluso, considerar otros elementos de la administración de justicia en un Estado colapsado.

Se han anticipado eventuales dificultades prácticas, como que se califiquen como incapaces los Estados con presupuestos limitados para sus administraciones de justicia o las impugnaciones diversas a este calificativo de carencia o colapso. Otra dificultad puede darse en las relaciones de cooperación con Estados en esa situación. Sobre el punto, mientras menos institucionalidad estatal y de administración de justicia exista en un territorio en contextos de violencia, más se requerirá de la presencia de la comunidad internacional con una institución jurisdiccional como la Corte.

Se ha discutido la originalidad de esta causal de admisión, ya que el supuesto incluido en esta parte del artículo 17, no constituye una excepción auténtica al principio general que impide la activación de la jurisdicción de la Corte por el adelantamiento de actuaciones en las jurisdicciones nacionales. Este principio general considera el evento en el cual se da la inacción absoluta de las jurisdicciones nacionales, con lo cual se puede activar inmediatamente

la jurisdicción de la Corte. Tal evento es el que se presenta al considerarse la inexistencia de una administración de justicia en los Estados afectados. También cuando sobreviene un "colapso total o substancial" de las administraciones de justicia se da una inacción *a posteriori* por parte del Estado.

L. LA PRÁCTICA INTERNACIONAL SOBRE LA INCAPACIDAD DE LOS ESTADOS

En los últimos años se han presentado muchas actuaciones de la comunidad internacional, sobre todo a través de los organismos internacionales, en las cuales interviene en territorios o Estados que presentan situaciones de violencia generalizada, graves violaciones a los derechos humanos, y a las normas del derecho internacional humanitario. Tales intervenciones se hacen con fundamento en normas y principios del derecho internacional, con lo cual se acoge una determinada interpretación de tales normas y se adelanta una práctica internacional sobre la materia relevante para el derecho internacional.

La justificación de la comunidad internacional para detener acontecimientos ocasionados por la acción agresiva del ser humano, en virtud de la defensa de unos valores y normas universales aceptados por todas las naciones, es motivo de debates doctrinales y dudas prácticas.

Por su parte el Estatuto de Roma en el numeral 1 del artículo 17 se refiere a la situación en que el Estado "no puede realmente" investigar o juzgar los crímenes de la competencia de la Corte. Mientras el numeral segundo del mismo artículo habla de "incapacidad". Ya vimos como el párrafo 17.3 explicita los contenidos de este concepto con los siguientes elementos: a) carencia de una administración de justicia en el Estado; o b) el "colapso total o substancial" de la misma; c) lo cual da como resultado que no pueda hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios.

Se considera la posibilidad de la inexistencia de la administración de justicia, o el colapso total o substancial de la misma y como consecuencia de ésta situación la imposibilidad de obtener unos resultados procesales tangibles, como la obtención de las pruebas y lograr la comparecencia del acusado. Tales situaciones que debe examinar y

valorar la Corte sobre la incapacidad de los Estados tendrán que ver con los distintos niveles de desestructuración de lo Estados.

El “Estado desestructurado” visto desde el derecho internacional, es aquél que conserva su capacidad jurídica, pero que carece de la posibilidad práctica para ejercerla. Se carece de un órgano capaz de comprometer al Estado, pero hay que asumir que la capacidad jurídica del “Estado desestructurado” sigue existiendo. Aunque es incapaz de actuar, sigue teniendo derechos y obligaciones. En ésta medida en las actuaciones de la Corte Penal Internacional podrá ser tenido en cuenta como un sujeto del derecho internacional y como sujeto procesal, tanto para aspectos del procedimiento como las impugnaciones o la notificación, así como para los aspectos de la cooperación con la Corte. Así en la práctica no sea dable esperar actuaciones por parte del Estado sobre todo en materia de cooperación.

El Consejo de Seguridad en sus operaciones de mantenimiento de la paz, además de las medidas coercitivas por parte de los Estados, ha creado en la práctica un régimen normativo, institucional y operacional que trasciende ampliamente el método tradicional y que puede utilizarse temporalmente para sustituir a un sistema de gobierno colapsado, sin necesidad del consentimiento del Estado concernido.

En el caso de los Estados desestructurados o colapsados resulta importante la distinción de la responsabilidad de los individuos y la responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado por violaciones del derecho internacional sigue vigente porque la capacidad jurídica del “Estado desestructurado” sigue existiendo. De otro lado y con relación a las responsabilidades individuales, sí se cometen delitos en contra del derecho internacional en estos Estados, en los que ha desaparecido el sistema judicial, un tercer Estado o la Corte Penal Internacional puede efectuar el enjuiciamiento y el castigo. En el evento de delitos graves de derecho internacional con conlleven graves violaciones en contra de la paz y de los derechos humanos la jurisdicción penal se extiende a toda la comunidad de los Estados, de acuerdo con una particular comprensión del principio del jurisdicción universal, como ya se vio.

Sobre las actuaciones en estas situaciones por parte de la Corte Penal Internacional, el Estatuto de Roma estipula el enjuiciamiento de las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, exceptuando específicamente las situaciones de “disturbios y tensiones internos”. Se califican también como crímenes sujetos a la competencia de la CPI

otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internos, cuando existe un conflicto prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

Es claro como el Estatuto de Roma da cabida dentro de su competencia a las situaciones de incapacidad del Estado que se da en las situaciones de los Estados desestructurados. También por incorporación en el Estatuto de expresiones que aluden a la acción de grupos en el territorio de los Estados. La expresión genérica del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de un “conflicto armado que no sea de índole internacional” o la expresión de conflictos “entre grupos”. En la primera expresión por su generalidad, en la segunda por la suposición de la inexistencia de fuerzas armadas del Estado formalmente estructuradas, en cuanto incapaces o convertidas en un grupo más en el enfrentamiento.

Desde la perspectiva de la activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional por incapacidad del Estado en la situación de los “Estados desestructurados”, se considera que se está en el evento en el cual se da la inacción absoluta de las jurisdicciones nacionales, con lo cual se puede activar inmediatamente la jurisdicción de la Corte.

Si el respectivo Estado es Parte del Estatuto de Roma, se da posibilidad formal del ejercicio de las competencias de la Corte, así no se cuente con sujetos institucionales que puedan operar las obligaciones de colaboración con ella. Otra posibilidad de actuación de la Corte se da por remisión de la situación por el Consejo de Seguridad.

ANEXO I

Los principales tratados de derechos humanos que contienen normas sobre debido proceso.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: adoptado en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entró en vigor en 1976. Este Pacto codifica los derechos civiles y políticos elaborados social y culturalmente, por lo menos, en los últimos tres siglos. Allí se amplían los derechos derechos civiles y políticos reconocidos en la Declaración Universal de 1948. Allí se recogen los derechos fundamentales de la persona humana, entre ellos los preceptos centrales, como el derecho a la vida, el derecho a la libertad de expresión, de conciencia y de reunión y asociación, el derecho a no ser arbitrariamente arrestado ni detenido, el derecho a no ser sometido a torturas ni malos tratos, y el derecho a un juicio justo.

El Pacto ha creado un órgano de vigilancia compuesto por 18 expertos: el Comité de Derechos Humanos. Las observaciones generales de este Comité constituyen orientación autorizada sobre la interpretación de las normas de tratado.

El Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: este Protocolo entró en vigor en 1976. Reconoce al Comité de Derechos Humanos la competencia para recibir y considerar las comunicaciones individuales sobre violaciones a los derechos del Pacto llevadas a cabo por un Estado Parte en el Protocolo.

El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte: este Protocolo fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y entró en vigor en 1991. Allí se acordó y se dispuso que no se ejecutara a ninguna persona sometida a la jurisdicción de los Estados Partes en tiempo de paz y que se adoptaran todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en sus jurisdicciones.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: ésta Convención fue adoptada por consenso por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984 y entró en vigor en 1987. Los Estados Partes en esta Convención están obligados a impedir y prevenir los actos de tortura en su jurisdicción, a tipificar estos actos como delito en sus legislaciones, a investigar las denuncias de tortura y a procesar a los presuntos torturadores, así como someter a los presuntos autores a un proceso justo, a no dar valor legal a las declaraciones obtenidas mediante tortura, y garantizar la indemnización de las víctimas. La Convención ha creado el Comité contra la Tortura para vigilar su aplicación por medio del examen de los informes periódicos presentados por los Estados Partes, la realización de investigaciones y la emisión de dictámenes, y el examen de casos individuales, cuando se haya reconocido de manera expresa ésta competencia.

La Convención sobre los Derechos del Niño: esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y entró en vigor en 1990. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene garantías para un juicio justo para los niños acusados de haber infringido la legislación penal. La Convención ha creado un Comité que examina los progresos que realizan los Estados Partes en el cumplimiento de las obligaciones allí establecidas. Se deben presentar informes periódicos al Comité.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: ésta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 y entró en vigor en 1981. La Convención pretende proporcionar una protección efectiva a las mujeres contra los actos de discriminación. Los artículos 2 y 15 estipulan que las mujeres son plenamente iguales a los hombres ante la ley. Se crea un Comité que vigila la aplicación de la Convención. Se establecen unos informes periódicos de los Estados Partes.

La Convención Internacional de Protección a Todas las Personas contra la Desaparición Forzada de Personas: aprobada en 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Prohíbe las detenciones clandestinas en cualquier lugar. Reafirma el derecho a la justicia para los familiares de lo personas desaparecidas, en ésta medida obliga a tipificar en el derecho interno. Afirma la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad, al

tiempo que acoge un concepto amplio de víctima. Establece un Comité con facultades para realizar procedimientos urgentes.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1965 y entró en vigor en 1969. Los Estados Partes se obligan a condenar la discriminación racial y a adoptar las medidas para erradicarla, especialmente en el sistema judicial. Allí mismo se creó el Comité que vigila la aplicación de este tratado.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949: en estos Convenios se protege a la población civil y a quienes participan en hostilidades en conflictos armados internacionales y no internacionales. Contienen disposiciones para garantizar la celebración de juicios justos. Los Convenios se complementan con el Protocolo Adicional I, que incrementa el ámbito de protección para los civiles y otras personas durante los conflictos armados internacionales, y con el Protocolo Adicional II, que protege a los civiles y a otras personas durante los conflictos armados internos. Allí se consagran normas mínimas sobre juicios justos por actos relacionados con el conflicto armado.

Algunos de los instrumentos que no tienen el carácter o el estatus de tratados, y que contienen normas pertinentes sobre los juicios con las debidas garantías, son los siguientes:

La Declaración Universal de Derechos Humanos: adoptada por la Asamblea General de Las Naciones Unidas en 1948: recoge un conjunto de principios universalmente aceptados que debe regular la conducta de todos los Estados. Varios de sus artículos, en particular el 10 y el 11, establecen derechos relacionados con la celebración de juicios justos. El derecho a un juicio justo, de acuerdo con la Declaración Universal, forma parte del derecho internacional consuetudinario o de los principios generales del derecho en que se fundamentan el comportamiento de los Estados y las relaciones internacionales. Numerosos tratados e instrumentos internacionales y regionales se inspiran en los principios establecidos en la Declaración Universal.

El Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión: este documento fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1988, contiene un conjunto autorizado de normas internacionales sobre el trato a las personas detenidas o presas. El Conjunto de Principios establece unos conceptos jurídicos y humanitarios básicos y sirve de guía para la elaboración de legislación nacional.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos: este documento fue adoptada en 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, y luego fue aprobadas por el Consejo Económico y Social de Las Naciones Unidas. Allí se establecen los principios y reglas de una buena organización penitenciaria y la práctica relativa al tratamiento de los reclusos. En 1971, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó una Resolución donde solicitó a todos los Estados Miembros que aplicaran estas reglas y que las incorporasen a sus respectivos sistemas legislativos nacionales.

Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados: este documento fue adoptado por consenso en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1990, y fue celebrado por una resolución de la Asamblea General. Dicho Congreso estableció que la protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona requieren que tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente.

Las Directrices sobre la Función de los Fiscales: estas directrices fueron adoptadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1990 y objeto de mención celebrativa por la Asamblea General. Las Directrices se orientan a garantizar y promover la eficacia, imparcialidad y equidad de los fiscales en el procedimiento penal.

Los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura: estos principios fueron adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y confirmados por la Asamblea General en 1985. Estos principios

se formularon para ayudar a los gobiernos en su tarea de garantizar y promover la independencia de la judicatura.

Las Salvaguardias para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte: este conjunto de principios fue aprobada por el Consejo Económico y Social y luego fueron respaldadas por la Asamblea General en 1984. Se restringe la pena de muerte en aquellos países que no la han abolido. Se establece que la pena de muerte sólo podrá ejecutarse con base en sentencia definitiva dictada por un tribunal competente y en un proceso con todas las garantías, como mínimo las establecidas en el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, incluyendo la asistencia letrada.

Los organismos intergubernamentales regionales han elaborado declaraciones y tratados de ámbito regional para la protección de los derechos humanos, donde se incluye el debido proceso y las garantías judiciales. Los organismos regionales son: la Organización de la Unidad Africana (OUA), la Organización de los Estados Americanos (OEA), y el Consejo de Europa. Los instrumentos Americanos y Europeos, son los siguientes:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948 celebrada en Bogotá. Donde también se adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Se trata del documento fundamental del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos y todos los Estados miembros están obligados a observar los derechos que dispone. El debido proceso se establece en el artículo XXVI de la Declaración.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos: llamado también, Pacto de San José, Costa Rica, fue adoptada en 1969 y entró en vigor en julio de 1978. El artículo 8, sobre las garantías judiciales, se refiere al derecho a un juicio justo. La Convención establece que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte interamericana de Derechos Humanos tienen competencia en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones conforme a la Convención. La competencia de la Comisión es aceptada automáticamente con la aceptación de la Convención. La competencia de la Corte requiere de aceptación expresa.

El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte: éste Protocolo fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en 1990. Prohíbe a los Estados Partes aplicar la pena de muerte en sus territorios en tiempo de paz.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura: fue adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1985 y entró en vigor en febrero de 1987. Los Estados Partes están obligados a presentar informes periódicos a la Comisión Interamericana sobre las medidas adoptadas de acuerdo con ésta Convención.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: fue adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1994 y entró en vigor en marzo de 1995.

La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas: fue adoptada por la OEA en 1994 y entró en vigor en 1996. Su propósito es prevenir, sancionar y eliminar la desaparición forzada de personas en la región. Esta Convención está abierta a la adhesión de cualquier otro Estado del mundo.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: fue creada para promover el cumplimiento y defensa de los derechos humanos y para servir de órgano consultivo para los Estados miembros de la OEA. La Comisión puede realizar visitas sobre el terreno previa petición de los Estados, también con su consentimiento puede preparar estudios especiales, formular recomendaciones a los gobiernos sobre la adopción de medidas de fomento y protección de los derechos humanos y pedir a los gobiernos que informen sobre las medidas adoptadas.

La Comisión Interamericana recibe denuncias o quejas que le presenten personas o grupos de personas u organizaciones no gubernamentales en las que se presenten presuntas violaciones de los derechos establecidos en la Declaración Americana y de la Convención, en el caso de Estados Partes. En casos urgentes, la Comisión puede solicitar a los Estados la adopción de

medidas cautelares para proteger a las personas. Además puede pedir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la orden de medidas provisionales en casos urgentes y graves.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos: es un tribunal internacional compuesto por siete jueces, elegidos por los Estados Miembros de la OEA. Interpreta y aplica la Convención Americana. La Corte puede examinar los casos que le presenten los Estados Partes o la Comisión Interamericana, previa aceptación expresa de su competencia. Se le puede pedir que emita opiniones consultivas sobre la interpretación de artículos de la Convención. Las opiniones consultivas constituyen un importante conjunto de jurisprudencia del sistema interamericano.

Los instrumentos europeos de los derechos humanos son los siguientes:

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: entró en vigor en 1953. Establece importantes garantías para la celebración de juicios justos, especialmente en sus artículos 3, 5, 6 y 7. Además se cuenta con el Protocolo Núm. 6 al Convenio Europeo, referente a la abolición de la pena de muerte. El Protocolo Núm. 7 al Convenio Europeo que entró en vigor en 1988, contiene disposiciones para la protección de los extranjeros, así como el derecho de toda persona declarada culpable a hacer que su sentencia sea examinada por una jurisdicción superior. Garantiza que nadie podrá ser procesado por las jurisdicciones del mismo Estado a causa de una infracción por la que haya sido absuelto o condenado anteriormente. Establece, además, el derecho a indemnización en el caso de errores judiciales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: compuesto por un número de jueces igual al de los Estados Miembros del Consejo de Europa. Los Estados Partes en el Convenio Europeo, pueden someter casos al Tribunal Europeo, cuya jurisdicción se extiende a todas las controversias sobre interpretación y aplicación del Convenio Europeo. Las decisiones del Tribunal Europeo son vinculantes para los Estados Partes en el Convenio Europeo.

En 1998, surgió un nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos como fruto de la fusión de la Comisión y el anterior Tribunal, de conformidad con el Protocolo Núm. 11. De igual manera los particulares pueden presentar demandas directamente al tribunal. Los 40 miembros del Consejo de Europa son Partes en el Protocolo Núm. 11.

Las Reglas Europeas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos: fueron adoptadas por el Consejo Europeo de Ministros en 1973 y revisadas en 1987. Sus reglas sirven de orientación para el trato de detenidos y presos. Se prohíben la tortura y los malos tratos, y afirma distinción de categorías de presos, entre los detenidos preventivamente y los penados, quienes deben estar reclusos por separado.

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa: está compuesta por todos los Estados europeos, incluidas algunas repúblicas centroasiáticas, que no son miembros del Consejo de Europa, Canadá y los Estados Unidos. En las reuniones que celebró en Copenhague (1990) y Moscú (1991), se adoptó unos detallados compromisos de derechos humanos, entre ellos las garantías para la celebración de juicios justos.

ANEXO II

Los mecanismos temáticos de las Naciones Unidas

Fuera de los órganos de la ONU encargados de la vigilancia de los tratados, El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que reemplazó la anterior Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, designa expertos (Grupos de Trabajo y Relatores Especiales). Estos órganos trabajan sobre diversos asuntos y proporcionen orientación sobre la aplicación de las normas de derechos humanos y se les conoce como mecanismos temáticos de las Naciones Unidas. Su cometido por lo general consiste en investigar denuncias sobre un tipo particular de violación de derechos humanos en todos los países, independientemente de que el Estado pertinente esté vinculado por tratados internacionales de derechos humanos. También realizan visitas a países, si el Estado afectado manifiesta su consentimiento. Pueden realizar indagaciones, incluidos casos individuales, presentar informes con conclusiones y recomendaciones a los gobiernos e informan anualmente al Consejo de Derechos Humanos. Hay varios mecanismos temáticos de las Naciones Unidas relacionados con cuestiones los juicios justos.

El Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria: se estableció en 1991. Su mandato consiste en la investigación de casos de detención arbitraria o que no cumplen las normas internacionales. Se ocupa tanto de la detención preventiva como de los reclusos privados de libertad tras ser condenados.

El Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias: se estableció en 1980. Examina cuestiones sobre la desaparición forzada o involuntaria de personas, en ese sentido, su propósito es asegurarse de que los casos se investigan y de que se aclara la suerte y el paradero de las personas “desaparecidas”. Vigila el cumplimiento, por parte de los Estados, de las obligaciones derivadas de la Convención sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. El Grupo de Trabajo, tiene extendido su mandato de trabajo hasta el año 2007.

El Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: éste cargo se creó 1982 y se ocupa principalmente de oponerse a las violaciones del derecho a la vida, y especialmente de la imposición de la pena de muerte tras la celebración de juicios sin garantías. El Relator Especial tiene también el cometido de prestar especial atención a la ejecución extrajudicial, sumaria o arbitraria de personas pertenecientes a ciertos grupos, como los niños, las mujeres, grupos nacionales o étnicos, grupos religiosos y minorías lingüísticas.

El Relator Especial sobre la Cuestión de la Tortura: el cargo fue creado en 1985. Su mandato consiste en el análisis de cuestiones pertinentes a la tortura y en el fomento de la aplicación plena de las leyes nacionales e internacionales que prohíben la práctica de la tortura.

El Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados: éste cargo se creó en 1994 para informar sobre los ataques a la independencia de jueces y abogados, y para investigar y formular recomendaciones sobre las medidas orientadas a la protección de la independencia del poder judicial.

ANEXO III

Los derechos involucrados en la realización de juicios justos

Hemos hecho un recorrido panorámico sobre le conjunto de instrumentos internacionales que contienen normas sobre el debido proceso y las garantías judiciales, también sobre los distintos mecanismos creados por el derecho internacional para actuar de acuerdo con diversas competencias sobre las situaciones y violaciones para este tipo de derechos y garantías. Sobre todo de los instrumentos normativos, pero también de la acción de los distintos mecanismos se ha sistematizado un conjunto de derechos relacionados con los procesos judiciales, sobre todo penales. El siguiente listado²²⁷ puede resultar útil para tener una visión global de los derechos y garantías involucrados en las actuaciones del poder judicial, que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar una situación de vulneración de estas garantías en las jurisdicciones nacionales para considerar la admisión de un asunto o caso en la Corte Penal Internacional.

Se entiende que la Corte considerará un conjunto complejo de violaciones a este sistema de derechos, cuando el tema de las garantías judiciales opere como uno de los factores determinantes de la configuración de la falta de disposición del Estado, que daría lugar a la admisión de un asunto o situación ante la Corte.

1. Derechos previos al proceso penal:

1.1. El derecho a la libertad.

1.2. La presunción de libertad en espera de juicio.

2. Derechos del detenido a la información:

2.1 El derecho a ser informado inmediatamente de los motivos de la detención.

2.2. El derecho a ser informado de los derechos.

2.3. Notificación del derecho a asistencia jurídica.

²²⁷ *Ibid.*, pp. 34-174.

- 2.4. El derecho a ser informado sin demora de los cargos.
- 2.5. Notificación en un idioma que la persona comprenda.
- 2.6. Derechos especiales de los extranjeros.

3. El derecho a asistencia jurídica antes del juicio:
 - 3.1. El derecho a la asistencia de un abogado.
 - 3.2. El derecho a un abogado antes del juicio.
 - 3.3. El derecho a elegir un abogado.
 - 3.4. El derecho a la asistencia jurídica gratuita.
 - 3.5. El derecho a asistencia jurídica competente y eficaz
 - 3.6. El derecho de los detenidos a acceder a asistencia jurídica.
 - 3.7. Derecho al tiempo y los medios adecuados para comunicarse con el abogado.
 - 3.8. El derecho a la comunicación confidencial con el abogado.

4. El derecho del detenido a comunicarse con el mundo exterior:
 - 4.1. El derecho a comunicarse y a recibir visitas.
 - 4.2. Situación excepcional y corta de detención en régimen de incomunicación.
 - 4.3. El derecho a informar a los familiares del arresto o la detención y del lugar detención
 - 4.4. Derecho a acceder a los familiares.
 - 4.5. Derechos particulares de los extranjeros.
 - 4.6. Derecho a acceder a un médico.

5. Derecho a comparecer sin demora ante un juez u otra autoridad judicial:
 - 5.1. El derecho a comparecer sin demora ante un juez u otra autoridad judicial

6. Derecho a impugnar la legalidad de la detención:
 - 6.1. El derecho a impugnar la legalidad de la detención.
 - 6.2. Derecho a contar con procedimientos que permiten impugnar la legalidad de la detención.
 - 6.3. Derecho al examen permanente de la legalidad de la detención.
 - 6.4. El derecho a obtener reparación por el arresto o la detención ilegales

7. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad:

7.1. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a quedar en libertad en espera de juicio.

7.2. Derecho a especial diligencia en la actuación de las autoridades en casos de personas detenidas.

8. Derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa:

8.1. Derecho al tiempo y medios adecuados para preparar la defensa.

8.2. Derecho de acceso a la información.

8.3. El derecho a ser informado de los cargos.

8.4. Derecho a contar con la información en un idioma que el procesado comprenda.

8.5. Derecho de acceso a peritos.

9. Derechos durante el interrogatorio:

9.1. Derecho a las salvaguardias para las personas sometidas a interrogatorio.

9.2. Derecho a no ser torturado, ni coaccionado, prohibición de la coacción para obtener confesiones,

9.3. El derecho a guardar silencio.

9.4. El derecho a un intérprete.

9.5. Derecho a registros del interrogatorio.

10. Derecho a permanecer en condiciones de detención humanas y a no ser torturado:

10.1. El derecho a permanecer en condiciones de detención humanas.

10.2. El derecho a ser mantenido en un lugar de detención reconocido.

10.3. Derecho al registro de detenciones.

10.4. El derecho a recibir la atención médica adecuada.

10.5. Derecho a ciertas salvaguardias adicionales para las personas detenidas antes del juicio

10.6. Derechos especiales de las mujeres bajo custodia.

10.7. Derecho a no ser torturado ni maltratado.

10.8. Derecho a no ser sometido a reclusión prolongada en régimen de aislamiento.

10.9. Uso de la fuerza sólo en situaciones excepcionales y necesarias.

- 10.10. Proscripción de la presión física durante el interrogatorio.
- 10.11. Proscripción del uso de medios de coerción.
- 10.12. Límites a los registros corporales.
- 10.13. Proscripción de experimentos médicos o científicos no consentidos o que afecten la salud.
- 10.14. El derecho a obtener reparación por torturas o malos tratos.

11. Derecho a la igualdad ante la ley y ante los tribunales:

- 11.1. El derecho a la igualdad ante la ley.
- 11.2. El derecho a la igualdad ante los tribunales.
- 11.3. El derecho a la igualdad de acceso a los tribunales.
- 11.4. El derecho a la igualdad de trato por los tribunales.

12. El derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial:

- 12.1 El derecho a ser juzgado por un tribunal establecido por la ley.
- 12.2. El derecho a ser juzgado por un tribunal competente.
- 12.3. El derecho a ser juzgado por un tribunal independiente.
- 12.4. La garantía de la separación de poderes.
- 12.5. Las garantías en el nombramiento y condiciones de servicio de los jueces.
- 12.6. Asignación de causas por el poder judicial y con base en criterios objetivos.
- 12.7. El derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial.
- 12.8. El derecho a recusar un tribunal por falta de imparcialidad.

13. EL derecho a un juicio justo:

- 13.1. El derecho a un juicio o una audiencia justa.
- 13.2. Derecho a la igualdad de condiciones.

14. El derecho a un juicio público:

15. La presunción de inocencia:

- 15.1. Derecho a ser presumido inocente.
- 15.2. Garantía de la carga de la prueba en el acusador.

15.3. Garantía del beneficio de la duda para el acusado.

16. El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable:

16.1. El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

16.2 El derecho a no confesarse culpable.

16.3. El derecho a guardar silencio.

17. Exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura u otro tipo de coacción:

17.1. Derecho a la exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura o malos tratos.

17.2. Derecho a la exclusión de pruebas obtenidas bajo coacción.

18. Prohibición de aplicar leyes penales con carácter retroactivo y de procesar de nuevo por el mismo delito:

18.1. Derecho a no ser procesado por actos u omisiones que no eran delitos cuando se cometieron.

18.2. El derecho a no ser procesado más de una vez por el mismo delito.

19. Juicios sin dilaciones indebidas:

19.1. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

19.2. Los deberes de las autoridades de actuar con diligencia.

20. El derecho a defenderse personalmente o con la asistencia de abogado:

20.1. El derecho a defenderse.

20.2. El derecho a defenderse personalmente.

20.3. El derecho a ser defendido por un abogado.

20.4. Notificación del derecho a un abogado.

20.5. El derecho a elegir al abogado.

20.6. El derecho a un abogado de oficio; derecho a asistencia letrada gratuita.

20.7. El derecho a comunicarse libre y confidencialmente con el abogado.

20.8. El derecho a asistencia letrada experimentada, competente y eficaz.

20.9. La prohibición de hostigar e intimidar al abogado.

21. El derecho a hallarse presente en el proceso y en las apelaciones:

21.1. El derecho a hallarse presente en el proceso.

21.2. Prohibición de los Juicios *in absentia*.

21.3. El derecho a hallarse presente en las apelaciones.

22. Derecho a obtener la comparecencia de testigos y a interrogarlos:

22.1. Derecho de la defensa a interrogar a los testigos de cargo.

22.2. El derecho a obtener la comparecencia de testigos de descargo y a interrogarlos .

22.3. Los derechos de las víctimas y de los testigos.

23. El derecho a un intérprete y a la traducción:

23.1. El derecho a un intérprete competente.

23.2. El derecho a la traducción de documentos.

24. Sentencias:

24.1. El derecho a una sentencia pública.

24.2. El derecho a conocer los fundamentos de la sentencia.

24.3. Derecho a la sentencia en un plazo razonable.

25. Las penas:

25.1. Garantía de las penas con fundamento en la culpabilidad y en un juicio justo.

25.2. Penas proporcionales a la gravedad del delito y a las circunstancias del infractor. 25.3. Prohibición de los castigos corporales.

25.4. Derecho a condiciones de encarcelamiento que no agraven el sufrimiento propio de la privación de la libertad.

25.5. La prohibición de las penas colectivas.

26. Derecho a la apelación:

26.1. El derecho de apelación.

26.2. La revisión de un tribunal superior.

26.3. Derecho a una revisión auténtica.

26.4 Garantías procesales durante las apelaciones (audiencia pública, juicio justo, tiempo y medios para prepararla, etc.)

27. El caso especial de los niños en los juicios penales:

27.1. El derecho de los niños a un juicio justo.

27.2. Garantías en la definición legal de “niño”.

27.3. Los principios rectores del trato que han de recibir los niños ante justicia con base en el interés superior de niño.

27.4. La obligación de dirimir con prontitud las causas abiertas contra niños.

27.5. Pleno respeto de la vida privada del niño.

27.6. El arresto y la detención preventiva como último recurso.

27.7. Prohibición de pena muerte y cadena perpetua a menores de 18 años.

27.8. Derechos especiales de los niños encarcelados.

28. Procesos por delitos penados con la muerte:

28.1 La tendencia a la abolición de la pena de muerte.

28.2. La prohibición de la aplicación con efecto retroactivo y la posibilidad de beneficiarse de las reformas.

28.3. Personas que no pueden ser ejecutadas.

28.4. El derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena.

28.5. La prohibición de la ejecución mientras esté pendiente la apelación o la solicitud del indulto.

28.6. La obligación de dejar un lapso adecuado entre la imposición de la pena y la ejecución

28.7. Las condiciones de reclusión dignas para las personas condenadas a muerte.

29. Los tribunales especiales y los tribunales militares:

29.1. El derecho a un proceso justo en todos los tribunales.

29.2. Jurisdicción y competencia establecida por la ley.

29.3. Garantías de independencia e imparcialidad.

29.4. Procesos militares sólo por delitos de disciplina militar.

30. Derecho a recibir reparación por errores judiciales:

30.1. Derecho a recibir una indemnización por errores judiciales.

30.2. Derecho a tener reparación diferenciada por arresto o detenciones ilegales.

31. Derecho a un juicio justo en estados de excepción.

31.1. Observancia de la no suspensión de derechos.

31.2. Los principios de necesidad y proporcionalidad en la suspensión de derechos.

31.3. Los derechos que no pueden ser suspendidos.

31.4. Las garantías judiciales de los derechos no susceptibles de suspensión.

31.5. Las normas que no permiten la suspensión del derecho a un juicio justo.

31.6. No suspensión de normas sobre un juicio justo en el derecho humanitario.

31.7. La compatibilidad con las obligaciones internacionales.

32. Derecho a un juicio justo en los conflictos armados:

32.1. Derecho a la no discriminación de las personas recluidas por una parte en guerra.

32.2. La duración de la protección una vez concluidas el conflicto armado.

32.3. El derecho a un juicio justo.

32.4. Observancia de los mismos derechos garantizados a todas las personas antes de la vista de la causa.

32.5. Derechos especiales de las mujeres detenidas.

32.6. Derechos especiales de los niños detenidos.

32.7. Derechos iguales a toda persona durante el juicio.

32.8. El derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial.

32.9. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

32.10. El derecho a la defensa.

32.11. Garantía de no ser juzgado dos veces por el mismo delito.

32.12. Procesamiento por delitos e imposición de penas sin efecto retroactivo.

32.13. La prohibición de los castigos colectivos.

32.14. Especial notificación de legislación donde se impone la pena de muerte.

BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULOS DE LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

Alcaide Fernández, Joaquín. “La Complementariedad de la CPI y de los Tribunales Nacionales: 'Tiempos de Ingeniería Jurisdiccional' ”. En: Carrillo Salcedo, Juan Antonio (Coord.). Criminalización de la Barbarie. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

Arsanjani, Mahnoush H. “The Rome Statute of The International Criminal Court”. En: The American Journal of International Law. Vol. 93, No. 1, junio 1999
<http://links.jstor.org/sici?sici> (consultado diciembre 5 de 2005).

Bassiouni, M. Cherif. “La Jurisdicción penal universal”. En: Verdad, Justicia y Reparación: Corte Penal Internacional. Vicepresidencia de la República. Bogotá, 2002, pp. 13-25.

Bassiouni, M. Cherif. “Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea”. En: Virginia Journal of International Law, Otoño 2001, 42 Va. J. Int'l. L. 81, http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf (consultado septiembre 15 de 2007).

Bassiouni, M. Cherif. “La Corte Penal Internacional: estudio histórico”. En: Revista de derecho penal, No. 17, Feb.-Mar., Bogotá, 2000, pp. 25-51.

Benvenuto, Paolo. “El Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma”. En: Verdad, Justicia y Reparación: Corte Penal Internacional. Vicepresidencia de la República de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 89-99

Botero Marino, Catalina y Esteban Restrepo S. “Algunos Estándares Internacionales Aplicables a los procesos de transición en Colombia”. En: Rettberg, Angélica (Edit.). Entre el Paredón y el Perdón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional. Universidad de los Andes, Bogotá, 2005.

Broomhall, Bruce. “La Corte Penal Internacional: Visión General, y la Cooperación de los Estados”. En: Nouvelles Etudes Penales, 1999, www.igc.org/icc/espanol/articulos (consultado octubre 12 de 2007).

Broomhall, Bruce. “Corte Penal Internacional: visión general y la cooperación con los Estados”. Revista de Derecho Penal, No. 17, Feb.-Mar. 2000, Bogotá, pp. 53-75.

Crawford, James. "The Work of the International Commission" En: Cassese, Antonio y otros (edit). The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary. Vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 25-26.

Drnas de Climent, Zlata, "Jerarquía de los Tratados Internacionales de Conformidad al Derecho Internacional y a la Constitución Nacional". En: Sesquicentenario de la Constitución Nacional (obra colectiva). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Advocatus, Córdoba, 2003.

Ferrer Lloret, Jaume. "Alcance y límite del principio de jurisdicción universal en la jurisprudencia española más reciente". En: Huesa Vinaixa, Rosario (coord.). Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva: intersección de sistemas: estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana. Marcial Pons, Madrid, 2008.

Galicki, Zdzislaw. "La Obligación de Extraditar o Juzgar ("*aut dedere aut judicare*") en Derecho Internacional". En: www.untreaty.un.org (consultado septiembre 18 de 2007).

Lombana Villalba, Jaime. "El principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional". En: Mingarro, Luis y otros (Edit.). Iberoamérica y la Corte Penal Internacional: Debates, Reflexiones y Preguntas. Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

Márquez Carrasco, María del Carmen. "Alcance de la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional: Jurisdicción Universal o Nexos Jurisdiccionales Aplicables". En: Carrillo Salcedo, Juan Antonio (Coord.). Criminalización de la Barbarie. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

Philippe, Xavier. "Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión". En: CIRC, International Review of the Red Cross. No. 862, junio de 2006, www.circ.org (consultado agosto 1 de 2007).

Plachta, M.: "Aut Dedere Aut Judicare: An Overview of Modes of Implementation and Approaches". En: Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1999, vol. 6, N° 4.

Peraza Parga, Luis. "La jurisdicción Universal: una realidad en constante construcción". En: Revista Dikaion, Vol. 15, Universidad de la Sabana, Colombia, 2006, pp. 350-360.

Philips, Ruth B. "The international Criminal Court Statute: Jurisdiction and Admissibility". En: Criminal Law Forum. Journal of the Society for the Reform of Criminal Law, N° 10, Vancouver, 1999.

Renaudie, Virgile. "Quelques Réflexions suite à la Lecture de L'arrêt de la CIJ du 14 février 2002". En: Revue de l'Actualité Juridique Francaise, www.rajf.org (consultado septiembre 1° de 2007).

Salinas Burgos, Hernán. "El Principio de Jurisdicción Internacional: ¿Lex Lata o Lex Desiderata?". Rev. chil. derecho. [online], abril 2007, vol. 34, no. 1, pp. 107-134, (consultado agosto 28 de 2007).

Solera, Oscar. “Jurisdicción Complementaria y Justicia Penal Internacional”. En: Revista Internacional de la Cruz Roja. No. 845 de 2002. En www.icrc.org. (consultado septiembre 27 de 2007).

Sánchez Rubio, David. “Reflexiones e (Im) Precisiones en Torno a la Intervención Humanitaria y los Derechos Humanos”. En: Revista Crítica Jurídica, No. 22, Jul-Dic. 2003, UNAM, México, pp. 295-297, www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm. (consultado diciembre 3 de 2007).

Sunga, Lyal S. “La Jurisdicción ‘Ratione Materiae’ de la Corte Penal Internacional”. En: Ambos, Kai y Oscar Julián Guerrero (compiladores). El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999, pp. 251-57.

Thürer, Daniel. “El Estado Desestructurado y el Derecho Internacional”. En: CICR. Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 836, 1999, pp. 731-760, www.icrc.org/web/spa/sitespaO.nsf/htmlall/ (consultado septiembre 30 de 2007).

DOCUMENTOS OFICIALES Y DE ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

Amnistía Internacional. Argentina/Chile: El Gobierno Español debe Colaborar Activamente con la Justicia”. En: *Informe*, 1998, www.es.amnesty.org, (consultado agosto 20, 2007).

Amnistía Internacional. *Juicios Justos: Manual de Amnistía Internacional*. Dykinson, Madrid, 1998.

CICR. *Informe*: “El Régimen de consentimiento del Estado contra la jurisdicción Universal”, 1982, www.cicr.org (consultado mayo 24 de 2001)

Convención de Ginebra sobre la Alta mar de 1958. Naciones Unidas, *Compilación de instrumentos internacionales y universales* (en inglés), UN Doc. ST/LEG/3 (52.V.2) + Suppl. No. 1-24.

Convenios de Ginebra, www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/genevaconventions (consultado julio 24 de 2007).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No. 50/00*. Caso 11.298. Reinaldo Figueredo Planchart contra República Bolivariana de Venezuela. Abril de 2000.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C- 272 de 1999*. Bogotá, marzo 8 de 2000, <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/2000/Constitucionalidad/C-272-00.htm> (consultado junio 28 de 2007).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Medidas provisionales caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*. www.acnur.org/biblioteca/pdf/2213.pdf (consultado julio 15 de 2007).

European Conference on the Rome Statute of the International Criminal Court: Rome, 17th-18th July 2000. No Peace Without Justice (org.) and high patronage of the Senato della Repubblica and others. Comitato, Non c'è Pace senza Giustizia, Rome, 2001.

Fiscalía Corte Penal Internacional. *Actualización de las actividades del Fiscal de la CPI sobre las Comunicaciones recibidas por su Oficina, Febrero 10 de 2006*. www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_Update_on_Communications_10_February_2006.pdf. (consultado 10 febrero de 2007).

Human Rights Watch (HRW). *Cuando los Tiranos Tiemblan: El Caso Pinochet*. New York, 1999, pp.4-30, www.hrw.org/spanish/informes/1999, (consultado agosto 15, 2007).

Human Right Watch. *Universal jurisdiction in Europe. The state of the art*. Vol. 18, num. 5 (D). Junio 2006, www.hrw.org. reports (consultado marzo 17 de 2008).

Naciones Unidas. Asamblea General 50º Periodo de Sesiones. *Suplemento No. 22 (U.N. Doc. A/50/22): Informe del Comité Especial sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, pp. 6-8.

Naciones Unidas. *Primer informe a la Asamblea General (U.N.doc A.60/177)*, www.icc-cpi.int/press/pressreleases/120.html (consultado mayo 25 de 2007)

Naciones Unidas. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*. Aprobados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Acogidos por la Asamblea General en la Resolución 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y la Resolución 40/146 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985.

Naciones Unidas. Asamblea General. 59º Periodo de Sesiones (2004). *Suplemento No. 10, U.N. Doc. A/59/10: Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56º Período de Sesiones*.

Estatuto de la Corte Penal Internacional. Adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el Establecimiento de un Corte Penal Internacional en julio 17 de 1998 (U.N. Doc. A/Conf. 183/9). Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En: Compilación de derecho penal internacional: El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional. Organización de las Naciones Unidas, Bogotá, 2003.

Elementos de los Crímenes. Asamblea de Estados Partes, septiembre 9 de 2002 (ICC-ASP1). En: Compilación de derecho penal internacional: El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2003.

Reglas de Procedimiento y Prueba. Asamblea de Estados Partes, septiembre 9 de 2002 (ICC-ASP1). En: Compilación de derecho penal internacional: el estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2003.

Acuerdo de Privilegios e Inmunidades. Asamblea de Estados Partes (ICC-ASP1). En: Compilación de derecho penal internacional: El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional. Organización de las Naciones Unidas, Bogotá, 2003.

LIBROS

Álvarez Dorrego, Matías. La Corte Penal Internacional: hacia la inclusión en el Estatuto de Roma del crimen de terrorismo. Fabián J. di Plácido, Buenos Aires, 2004.

Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel. Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional: contribuciones de América Latina. Editorial Temis, Bogotá, 2008.

Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel y Elsner, Gisela (edits.). Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional: contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia. Fundación Konrad Adenauer. Montevideo, 2007.

Ambos, Kai, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik (et al.). Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: contribuciones de América Latina y Alemania. Konrad-Adenauer-Stiftung- Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo, 2006.

Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel y Woischnik, Jan. Temas actuales del derecho penal internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España. Konrad-Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005.

Ambos, Kai; y Malarino, Ezequiel (edits.). Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. Fundación Konrad Adenauer, Montevideo 2003.

Ambos, Kai (et al.). La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post-Roma. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Ambos, Kai. Temas de derecho penal internacional y europeo: derechos humanos, fines de la pena, ius puniendi, responsabilidad individual, crímenes mas graves, derecho penal y guerra, proceso penal internacional y europeo, inmunidades. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.

Ambos, Kai y Oscar Julián Guerrero (compiladores). El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999.

Anello, Carolina Susana. Corte Penal Internacional: creada por el Estatuto de Roma. EUDEBA, Buenos Aires, 2003.

Bassiouni, M. Cherif (edit). International Criminal Court: compilation of United Nations documents and draft ICC Statute before the Diplomatic Conference. No Peace Without Justice and Others, New York, 1998.

Bassiouni, M. Cherif y E. M. Wise. Aut Dedere Aut iudicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law. M. Nijhoff Pub., Dordrecht/Boston/Londres 1995.

Broomhall, Bruce. International justice and the International Criminal Court: between sovereignty and the rule of law. Oxford University Press, Oxford, 2003.

Bujosa Vadell, Lorenzo Mateo. La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional. Atelier, Barcelona, 2008.

Calderón Peragón, José Raúl. El juicio de Nuremberg: hacia una Corte Penal Internacional. Jabalruz, Jaén, 2000.

Cáceres Ruiz, Luis. La Corte penal internacional: El Estatuto de Roma. Visión Net, Madrid, 2006.

Cabezudo Rodríguez, Nicolás. La Corte Penal Internacional. Dykinson, Madrid, 2002.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio (coord.). La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

Cassese, Antonio, Gaeta, Paola, Jones, John R.W.D (edits.) The Rome statute of the international criminal court: a commentary. Oxford University Press, Oxford, 2002.

Castillo Daudí, Mireya y Sergio Salinas Alcega. Responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales. Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

Cid Muñoz, María Isabel. La Corte Penal Internacional: un largo camino. Dykinson, Madrid, 2008.

Comisión Andina de Juristas. Seccional Perú. La Corte Penal Internacional y los Países Andinos. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001.

Eiroa, Pablo D. La Corte Penal Internacional: Fundamentos y Jurisdicción. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

Escobar Hernández, Concepción (coord.). Creación de una jurisdicción penal internacional. Escuela Diplomática-Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

Escudero Espinosa, Juan Francisco. La Corte Penal Internacional y el Consejo de seguridad: hacia la paz por la justicia. Dilex, Madrid, 2004.

García Ramírez, Sergio. La Corte Penal Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., 2002.

Gil y Gil, Alicia. Derecho penal Internacional. Ed. Tecnos, Madrid, 2003.

Glasius, Marlies. The International Criminal Court: a global civil society achievement London; New York : Routledge, London-New York, 2006.

Gómez Colomer, Juan Luis (Coord). La Corte Penal Internacional: un estudio interdisciplinar. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Gómez Colomer, Juan-Luis. El Tribunal Penal Internacional: investigación y acusación. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

González, Juan Pablo. Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal. Consejo General del Poder Judicial-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

Guerrero, Oscar Julián. Corte Penal Internacional: comentarios a la sentencia C-578/2002 de la Corte Constitucional. Legis, Bogotá, 2003.

Herencia Carrasco, Salvador Martín. La implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina: los casos de Bolivia, Colombia y Perú. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2005.

Ibáñez Guzmán, Augusto J. El sistema penal en el estatuto de Roma. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003

Inazumi, Mitsue. Universal jurisdiction in modern international law: expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law. Intersentia, Antwerpen-Belgique, 2005.

Johnson, Sterling. Peace without justice: hegemonic instability of International Criminal Law? Ashgate, Aldershot-England, 2003.

Lee, Roy, S. States' responses to issues arising from the ICC statute: constitutional, sovereignty, judicial cooperation and criminal law. Transnational publishers, Ardsley-New York, 2005.

Lee, Roy S and Friman, Hakan (et al. edits.). The International Criminal Court: elements of crimes and rules of procedure and evidence. Transnational Publishers, Ardsley-New York, 2001.

Lee, Roy S (edit.). The International Criminal Court: The making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results. Kluwer Law Internacional, The Hague, 1999.

Lirola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena M. La Corte Penal Internacional justicia "versus" impunidad. Ariel, Barcelona, 2001.

McGoldrick, Domic; Rowe, Peter and Donnelly, Eric (edits.). The permanent International Criminal Court: legal and policy issues. Portland Or. Hart Pub, Oxford, 2004.

Melendo Pardos, Mariano. Imputación objetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: desafíos para la dogmática penal continental. Atelier, Barcelona, 2008.

Míngarro, Fernando Carrillo Flórez, Alejandro Venegas Franco (edits.). Iberoamérica y la Corte Penal Internacional: debates, reflexiones y preguntas. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

Morales Alzate, John Jairo. Corte Penal Internacional. Imprenta Nacional, Bogotá, 2008.

Olásolo, Héctor. The triggering procedure of the International Criminal Court. M. Nijhoff Publishers, Leiden- Boston, 2005.

Olásolo, Héctor. Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?: Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

Pureza, José Manuel. ¿El patrimonio común de la humanidad: hacia un derecho internacional de la solidaridad? Trad. de Joaquín Alcaide Fernández. Editorial Trotta, Barcelona, 2002.

Quesada Alcalá, Carmen. La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal. Cruz Roja Española- Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Sandoval Mesa, Jaime Alberto. La incorporación de la Corte Penal Internacional: análisis frente a la legislación colombiana. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2003.

Schabas, William. An introduction to the International Criminal Court. Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2007 (3rd ed.).

Shelton, Dinah (edit.). International crimes, peace, and human rights: the role of the International Criminal Court. Transnational Publishers, New York, 2000.

Tullio, Alejandro (coord). Los límites de la justicia global: derechos humanos y relaciones internacionales en el siglo XXI. Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2003.

Zorrilla, Mainer. La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual. Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.