

**Nºs 225-226
Año LXXVII
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2009
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986**



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

*EL TEST DE COMPLEMENTARIEDAD.
ANÁLISIS DEL ART. 17 DEL ESTATUTO DE ROMA*

RODRIGO GONZÁLEZ-FUENTE RUBILAR
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Concepción

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 26 de mayo, Chile promulgó la Ley 20.352 que vino a reformar la Constitución Política de la República con la finalidad de permitir la ratificación del Estatuto de Roma (en adelante ER). Tal ratificación se llevó a cabo a través del Decreto N° 104 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 1 de agosto de 2009. De este modo, el Estatuto comenzó a regir a partir del 1 de septiembre del mismo año.

Entre las normas de mayor relevancia de este Estatuto se encuentra el art. 17, que establece el denominado principio de complementariedad. A través de este test de complementariedad, la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) adquiere la capacidad para investigar y enjuiciar las conductas constitutivas de crímenes internacionales reguladas en el ER. De este modo, en la actualidad la CPI lleva a cabo juicios respecto de cuatro estados africanos: Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana y Sudán. Otras situaciones están siendo objeto de estudio por la Oficina del Fiscal (en adelante OF), entre las cuales se encuentra Colombia.

A continuación, se hará una breve reseña en torno al concepto de complementariedad, para luego entrar al análisis del test propiamente tal. El test de complementariedad implica un estudio sucesivo de diferentes hipótesis que permiten determinar si procede o no la jurisdicción de la CPI. El test se encuentra dividido en dos partes. En primer lugar, la determinación de si el Estado ha permanecido o no inactivo frente a la persecución de crímenes

internacionales nucleares y, en segundo lugar, el estudio de la admisibilidad de acuerdo al art. 17. En esta segunda parte, la admisibilidad se determina a través del descarte de las causales de inadmisibilidad contempladas en la disposición, y a su vez, por medio del cumplimiento de las excepciones que conducen a la admisibilidad. De este modo se analiza la falta de gravedad suficiente, para después efectuar una distinción en atención a la etapa en la que se encuentran los procesos internos, en inadmisibilidad en casos en que no haya sido dictada sentencia e inadmisibilidad respecto de casos en que ella haya sido dictada.

I. GENERALIDADES

A. En cuanto a la noción de complementariedad

El principio de complementariedad¹ tiene por objeto la regulación de la distribución de la competencia entre los estados partes y la CPI², constituyendo una de las normas más relevantes en el marco de la justicia de transición³. Este principio persigue obtener un balance entre dos principios:

¹ También denominado por algunos autores como principio de suplementariedad, por ejemplo ver Alejandro Rodríguez Morales, *La Corte Penal Internacional* (Vadell hermanos editores, Valencia-Caracas 2005) p. 63; *Harmen van der Wilt/Sandra Lyngdorf*, "Procedural Obligations Under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of 'Unwillingness' and 'Inability' in the Context of the Complementarity Principle", 9 (2009) *ICLR* 39-75, p. 41, la CPI tiene una "subsidiary jurisdiction". Cfr. también William W. Burke-White, "Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice", 19 (2008) *CLF* 59-85, p. 62, quien utiliza el concepto "positive complementarity" en el sentido de que la OF "would actively encourage investigation and prosecution of international crimes within the Court's jurisdictions by States where there is a reason to believe that such States may be able or willing to undertake genuine investigations and prosecutions and where the active encouragement of national proceedings offers a resource-effective means of ending impunity". Sobre el origen del concepto y su desarrollo histórico cfr. Williams A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3. ed. (Cambridge University Press, Cambridge 2008) p. 175 ss.; ver también Sharon A. Williams/William A. Schabas, "Article 17 Issues of admissibility", en Triffterer (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. ed. (C.H. Beck, München 2008) 605-625, nm. 3-20. Sobre un análisis detallado del desarrollo del concepto antes del Estatuto de Roma ver Mohamed M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law, Origin, Development and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008) p. 11-154.

² Kai Ambos, "El Marco Jurídico de la Justicia de Transición", en Ambos *et al.* (eds.) *Justicia de Transición* (Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2009) 23-129, p. 82. El libro citado se encuentran también en inglés: "The Legal Framework of Transitional Justice", en Ambos/Large/Wierda (eds.) *Building a Future on Peace and Justice* (Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2009) 19-103.

³ Carsten Stahn, "Complementarity amnesties and alternative forms of justice: some interpretative

por un lado, el principio de soberanía y, por el otro, la jurisdicción universal⁴, sin que ello implique una “injerencia indebida en el derecho de terceros estados”⁵. De este modo, la complementariedad debe ser entendida como jurisdicciones que se unen para formar un todo, y no para sustituirse la una a la otra⁶. Aquellos estados que han ratificado el ER renuncian a una parte de su jurisdicción en favor de la CPI⁷, de manera que aquélla deja de ser exclusiva y excluyente de los estados. Sin embargo, como ya se ha señalado, la jurisdicción de la CPI no reemplaza a la de los estados partes, lo que se demuestra en el hecho de que la prioridad para conocer de los crímenes establecidos en el ER es siempre de la jurisdicción interna⁸. El sistema de la complementariedad implica, por tanto, que mientras un Estado tenga un mínimo de posibilidad de ejercer su competencia, ésta debe preferirse⁹.

guidelines for the International Criminal Court”, 3 (2005) *JICJ* 703, p. 719. Para Otto Lagodny la complementariedad es “la piedra angular del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia Penal”, ver en “La complementariedad de la jurisdicción penal nacional e internacional”, en Moreno Hernández (coord.) *El Estatuto de Roma. El Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus implicancias en el derecho nacional de los países latinoamericanos* (Max-Planck-Institut, CEPOLCRIM, ULSA, Ciudad de México, 2004) 107-114, p. 107.

⁴ Xavier Philippe, “Los principios de jurisdicción universal: su interconexión”, 862 (2006) *IRRC* 1-27, p. 7. Disponible en [http://icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckzy/\\$File/irrc_862_Philippe.pdf](http://icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckzy/$File/irrc_862_Philippe.pdf) (visto por última vez el 1 de junio de 2010).

⁵ Theresa Steinberger-Fraunhofer, *Internationaler Strafgerichtshof und Drittstaaten* (Duncker & Humboldt, Berlin 2008) p. 189.

⁶ Jaime Lombana Villalba, “El principio de la complementariedad de la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma”, en Mingarro/Carrillo/Flórez/Venegas (eds.) *Iberoamérica y la Corte Penal Internacional. Debates, reflexiones y preguntas* (Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006) p. 109.

⁷ Rodríguez Morales (nota 1) p. 69. Para Lagodny (nota 3) p. 109, el concepto complementariedad significa que la jurisdicción de la CPI existe por sí misma y, por tanto, no deriva de los estados partes. Schabas (nota 1) p. 175 señala que la relación entre la jurisdicción nacional y la internacional no es complementaria, pues en los hechos hay “two systems function in opposition and to some extent with hostility *vis-à-vis* each other”.

⁸ Burke-White (nota 1) p. 66; Schabas (nota 1) p. 175; John T. Holmes, ‘Complementarity: National Courts versus the ICC’, en Cassese/Gaeta/Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary* (Oxford University Press, Oxford, 2002) 667-686, p. 673; Jann K. Kleffner, “Complementarity as a Catalyst for Compliance”, en Kleffner/Gerben (eds.) *Complementarity Views on Complementarity* (TMC Aser Press, La Haya, 2006), Cap. 3, 79-104, p. 81, la complementariedad tiene una “catalyst function”; El Zeidy (nota 1) p. 160: “The drafters created a strong presumption in favour of domestic prosecution.”; Philippe (nota 4) p. 8, a pesar de que las jurisdicciones nacionales gozan de preferencia, existe una “red de seguridad”, que autoriza a la CPI para actuar bajo ciertas circunstancias. Así también lo entiende la Ley chilena 20.352, al indicar en su artículo único, incorporando disposición transitoria vigesimocuarta a la Constitución Política de la República que la jurisdicción de la CPI “... será subsidiaria...” de la nacional.

⁹ Philipp Meißner, *The International Criminal Court Controversy* (Lit. Verlag, Münster, 2005) p. 27.

El principio de complementariedad está fuertemente unido al de subsidiariedad. El poder de persecución del Derecho Penal Internacional se encuentra limitado por la competencia *ratio materiae* contemplada en el ER, es decir, sólo se puede perseguir penalmente por alguno de los tipos penales contemplados en el Estatuto¹⁰. La CPI sólo puede ejercer su competencia ante el no cumplimiento de las condiciones establecidas en el art. 17 –y el cumplimiento de las excepciones–, pues estas últimas son en definitiva causales de admisibilidad¹¹.

B. Fines de la complementariedad

El ejercicio de la complementariedad implica la consecución de diversos objetivos. Así, por tratarse de una jurisdicción de *última ratio*¹², que no substituye los procesos internos conducidos por los tribunales nacionales¹³, se puede afirmar que el principio de complementariedad permite alcanzar la independencia de aquéllos¹⁴.

La complementariedad cumple un rol de garantía en el ámbito del Derecho Penal Internacional. A través de la activación del sistema de la CPI, frente a la incapacidad o la falta de voluntad de un sistema jurídico penal interno para perseguir los crímenes nucleares, el principio de complementariedad contribuye a impedir la impunidad de éstos¹⁵. Esta garantía sobre la persecución y sanción de los crímenes nucleares se debe no sólo al hecho de estar implicada la transgresión a la dignidad humana, sino también por el compromiso de la comunidad internacional en atención a

¹⁰ Para más detalles sobre la relación entre el principio de subsidiariedad y el de complementariedad ver Rodríguez Morales (nota 1) p. 62-63.

¹¹ Claudia Cárdenas Aravena, "The admissibility test before the international criminal court under special consideration of amnesties and truth commissions", en Kleffner/Kor (eds.) *Complementary views on complementarity* (TMC Asser Press, La Haya, 2006) Cap. 4, 115-139, p. 116.

¹² Ambos (nota 2) p. 83. Cfr. también Burke-White (nota 1) p. 67, a pesar de que un Estado pueda en un comienzo no tener capacidad o no tener voluntad de conducir por sí mismo los procesos, puede alcanzar tal capacidad o voluntad luego de la intervención de la OJ.

¹³ Kristina Miskowiak, *The International Criminal Court: Consent, Complementary and Cooperation* (DJOF Publishing, Copenhagen 2000), p. 40.

¹⁴ Rod Rastan, "What is a 'Case' for the Purpose of the Rome Statute?", 19 (2008) *CLF* 435-448, p. 440.

¹⁵ Mohamed M. El Zeidy, "The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law", 23 (2006) *MJIL* 869-975, p. 870; Rodríguez Morales (nota 1) p. 71; Burke-White (nota 1) p. 66.

perseguir tales violaciones¹⁶. De esta manera, la CPI podría actuar en todos aquellos casos en que un Estado no cumpla con sus obligaciones como parte de la comunidad internacional, como por ejemplo, cuando simula procesos penales o dicta leyes de amnistías¹⁷.

Derivado de lo anterior, la complementariedad cumple un rol en la fundamentación del deber de perseguir a los responsables de la comisión de crímenes nucleares. Este deber de los estados no se encuentra establecido expresamente en el ER; sin embargo, los estados partes se ven obligados a cumplir con él de manera efectiva, con el objeto de evitar una potencial intervención de la CPI¹⁸.

Finalmente, este principio persigue una serie de otras finalidades como cumplir con un fin preventivo, servir como medio de interpretación¹⁹, e impedir la duplicidad de procedimientos y/o sentencias, es decir, persigue el respeto del principio *ne bis in idem*²⁰.

C. El principio de complementariedad y el interés de justicia²¹

Los arts. 53 (1)(c) y 53 (2)(c) del ER establecen la posibilidad de no iniciar una investigación, o no enjuiciar si, a juicio del fiscal, tal investigación

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 20.01.2003, C 004, para. 27. Disponible en <http://190.41.250.173/trij/bases/juris-nac/c-004.Pdf> (visto por última vez 6 de junio de 2010).

¹⁷ Lombana Villalba (nota 6) p. 111. Ver también Burke-White (nota 1) p. 61. Este autor agrega que una política de complementariedad positiva en relación con una activación completa del sistema del ER constituye el camino más efectivo, si no el único, para poner término a la impunidad, p. 63.

¹⁸ Christoph Grammer, "Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma. Algunas consideraciones respecto de la desaparición forzada", p. 817. Disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20042/pr/pr16.pdf (visto por última vez el 5 de junio de 2010).

¹⁹ Lombana Villalba (nota 6) p. 115-119.

²⁰ Marieke Wierda/Thomas Unger/Richard Bailey/Cecile Aptel/Abdul Tejan-Cole/Caitlin Reiger, "Pursuing justice in Ongoing Conflict – A discussion of current Practice". Study "Workshop 2 – Justice in Situations of Ongoing Conflict", Internationale Konferenz, Frieden und Gerechtigkeit – Bausteine der Zukunft, Nürnberg 25-27 de junio de 2007, International Center of Transitional Justice, p. 10. Disponible en <http://www.humansecuritygateway.com/showRecord.php?RecordId=17218>: "Ideally, complementarity should serve not just to deter the ICC from pursuing cases that are already the subject of a genuine national process, but also to initiate cases because of the existence of the ICC" (visto por última vez el 1 de junio de 2010).

²¹ En relación al tema "interés de justicia" y a sus sentidos amplio y restringido en los diferentes idiomas del ER cfr. Jo Stigen, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdiction, The Principle of Complementarity* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008) p. 353-357.

o enjuiciamiento “no redundaría en interés de la justicia”²². Esta discreción tan amplia del fiscal resulta problemática, sobre todo si se relaciona con el ejercicio del interés de las víctimas. Si se analiza el texto de la norma, se puede señalar que el interés de las víctimas es un fundamento para la persecución penal²³, junto a la gravedad (art. 53 (1)(c)-(2)(c)), la edad o enfermedad del presunto responsable, como su participación en el crimen (art. 53 (2)(c)). Frente a ello, resultaría difícil que en la práctica exista una situación en la cual los fundamentos antes señalados, en especial el del interés de las víctimas, puedan ser superados por el interés de justicia²⁴. Un argumento para tal aseveración radica en que el interés de la víctima será normalmente la justicia, en el sentido de persecución penal. Sin embargo, justicia puede ser entendida en un sentido amplio²⁵, esto es, no sólo como un objetivo alcanzable únicamente a través de una persecución penal, sino también, como finalidad que puede ser obtenida a través de otros medios²⁶, como por ejemplo, a través de una CVR. Si bien es cierto, el principio de complementariedad impone el deber de perseguir penalmente²⁷, ello no debe ser entendido de manera estricta, pues la persecución penal en el ámbito de la justicia de transición no siempre representa la mejor solución al dilema justicia-paz²⁸. De este modo, el hecho de que un caso supere el test de admisibilidad del art. 17 no significa necesariamente que la CPI deba conocerlo ni juzgarlo²⁹.

²² Cfr. arts. 53 (1)(c) y 53 (2)(c) ER: “1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: (...) “c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”.

“2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que: (...) “c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen”.

²³ Stigen (nota 21) p. 364.

²⁴ Anja Seibert-Fohr, “The relevance of the Rome Statute of the ICC for amnesties and truth commission”, 7 Max Planck Yearbook of United Nations Law (2003) 553-590, p. 578.

²⁵ Ambos (nota 2) p. 28.

²⁶ Ambos (nota 2) pp. 35-40.

²⁷ Kenneth A. Rodman, “Is Peace in the Interest of Justice? The Case for Broad Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court”, 22 (2009) *LJIL* 99-126, p. 103.

²⁸ Rodman (nota 27) p. 120.

²⁹ Cárdenas (nota 11) p. 116.

Por su parte, la OF es un organismo jurídico, el cual no está obligado a realizar ninguna actividad diplomática³⁰. Su función es llevar adelante todas aquellas medidas necesarias para poner término a una situación de impunidad. Para una función de índole completamente política es competente el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Sin embargo, la funciones diplomática y jurídica no pueden ser tajantemente separadas. El fiscal cumpliría entonces una *doble función*, a través de la cual en cada caso tendrá que analizar no sólo la gravedad de los crímenes y la admisibilidad de la acusación, sino también las potenciales consecuencias que la investigación o la persecución pudiesen generar, para evitar un alargamiento de un conflicto aún latente o interrumpir un periodo de transición³¹. Ahora bien, esta doble función de la Fiscalía no significa que se trate de un ente político. Esta será siempre un órgano esencialmente jurídico, que desarrolla ciertas funciones de carácter político. En definitiva, las consideraciones políticas tenidas en cuenta por la Fiscalía influirán en la decisión final de iniciar o no una investigación³².

II. TEST DE ADMISIBILIDAD

La admisibilidad consiste en un test progresivo de descarte de hipótesis. En primer lugar se debe determinar si el Estado efectúa alguna actividad o si se mantiene inactivo frente a la persecución penal de crímenes nucleares internacionales. Existiendo algo de actividad por parte del Estado, se debe proceder a analizar la gravedad del asunto (art. 17 (1) (d)). Sólo en caso de superar el test de gravedad, se analiza el resto de las causales del art. 17.

A. Admisibilidad por inactividad del Estado

Previo al análisis del art. 17, es necesario constatar si el Estado ha permanecido inactivo frente a la obligación de perseguir penalmente los crímenes nucleares internacionales. En caso de comprobarse tal inactividad, el caso es admisible sin mayor análisis³³. Esto se deduce básicamente de la

³⁰ Rodman (nota 27) p. 120.

³¹ *Ibidem* (nota 27) p. 121.

³² *Ibidem* (nota 27) p. 121.

³³ Para más detalles cfr. William A. Schabas, "Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court", 6 *JICJ* 2008, 731-761, p. 757. Disponible también en <http://jicj>.

obligación internacional que pesa sobre los estados de investigar, enjuiciar y castigar los referidos crímenes, deber que se encuentra reforzado en el ER³⁴. También la Sala de Cuestiones Preliminares I ha confirmado la inactividad como factor de determinación de la admisibilidad³⁵.

La inactividad, según Ambos³⁶, también puede ser normativa, en el sentido de obstáculos procesales que impidan la persecución. En este caso, él subdistingue entre una inactividad *a priori*, es decir, casos en los cuales los órganos competentes aplican el obstáculo antes de iniciar los procesos, y una inactividad *a posteriori*, según la cual se decide no proceder a enjuiciar, luego de haber llevado a cabo medidas de investigación. Resulta dudoso si este último caso podría ser calificado como inactividad, pues encuadra mejor en el análisis de falta de voluntad o incapacidad. En cierta medida, el autor reconoce esta afirmación, pero indica que se trata de un caso de inactividad, cuya admisibilidad dependerá "...del test de falta de voluntad o incapacidad".

B. Admisibilidad según el art. 17

La facultad para decidir conocer o no de un caso en virtud de las reglas establecidas en el art. 17 recae en la CPI³⁷. Ella debe sopesar "si las medidas

oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/6/4/731 (visto por última vez el 10 de junio de 2010). Para la expresión "inactividad" cfr. la opinión de Kleffner (nota 39) p. 105: "This object of effective prosecution, and the purpose of ending impunity, would clearly be significantly undermined if cases in which Status remained completely inactive were inadmissible". Además, el autor agrega: "Complete inaction on the national level would thus allow the ICC to take up a case without having to enter into an assessment of the admissibility criteria in Article 17 (1) (a) to (c)"., p. 115; cfr. también Van der Wilt/Lyngdorf (nota 1) p. 40: "... it seems clear, that the whole procedure of admissibility is only triggered if the state at a minimum takes some initial investigative steps"; Florian Razesberger, *The International Criminal Court, The Principle of Complementarity* (Meter Lang, Frankfurt am Main, 2006) p. 50: "...inaction of a State makes the case automatically admissible."

³⁴ Sobre el deber de perseguir crímenes nucleares internacionales ver Ambos (nota 2) p. 36-38. Ver párrafos 4 y 8 del preámbulo del ER.

³⁵ Ver ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of Congo, Ex Parte, Prosecution Only Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58, No.: ICC-01/04-01/07, 10.02.2006, para. 29: "... such case would be admissible only if those States with jurisdiction over it have remained inactive in relation to that case or are unwilling or unable". Disponible en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc530350.PDF> (visto por última vez el 19 de junio de 2009).

³⁶ Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, (Temis, Bogotá, 2010) p. 172.

³⁷ Holmes (nota 8) p. 672.

nacionales satisfacen las condiciones, bajo las cuales ella misma prevé el ejercicio de su jurisdicción”³⁸.

El art. 17 (1) establece cuatro causales de inadmisibilidad, es decir, la norma está redactada en tal forma que podría deducirse que la admisibilidad de un caso se presume³⁹. La norma señala:

“La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

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 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”.

1. La falta de gravedad suficiente como causal de inadmisibilidad

Esta causal de inadmisibilidad guarda relación con el art. 1 del ER, al indicar que la Corte “...estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional...”⁴⁰. Esta norma viene además a reafirmar el principio de subsidiariedad⁴¹. De este

³⁸ Steinberger-Fraunhofer (nota 5) p. 189 (traducción del autor).

³⁹ Jan K. Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (OUP, New York, 2008) p. 104 ss.; Cárdenas (nota 11) p. 116.

⁴⁰ Cfr. también art. 5.1 ER: La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

⁴¹ Más detalles sobre el principio de la subsidiariedad ver Claus Roxin, *Strafrecht AT*, t.1, 4. ed. (C.H. Beck, München, 2006) p. 45-47.

modo se evita que la CPI conozca de un número desmesurado de procesos, privilegiándose la persecución de aquellas violaciones más graves cometidas por sus principales responsables.

A pesar de que esta causal se encuentra en la última letra del párrafo 1 del art. 17, debe ser considerada como el primer criterio relativo a la cuestión de admisibilidad ante la CPI⁴². En estricto rigor, la gravedad exige realizar un doble test de complementariedad. Por una parte se debe analizar la gravedad de un asunto (art. 17 (1) (d)) y por otra parte, la complementariedad *stricto sensu* (art. 17 (1) (a), (b), (c), (2) y (3))⁴³. Sólo cuando el criterio de la gravedad suficiente se cumple respecto de un caso, se debe recurrir a la complementariedad *stricto sensu* para determinar su admisibilidad⁴⁴. La gravedad del caso, por tanto, no es sólo un elemento del test de complementariedad, sino también un umbral independiente⁴⁵. Este umbral debe ser satisfecho en cada caso particular⁴⁶.

Determinar el contenido del concepto de gravedad ha sido difícil. Se ha señalado que ella implica una conducta sistemática y a gran escala, que sea capaz de provocar una *alarma social* en la comunidad internacional⁴⁷,

⁴² Jörg Meißner, *Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut*, (Beck, München, 2003) p.79.

⁴³ *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Annex I, 10.02.2006, ICC-01/04-01/06-8-Corr 17, para. 29: "The admissibility test of a case arising from the investigation of a situation has two parts. The first part of the test relates to national investigation, prosecutions and trials concerning the case at hand insofar as such case would be admissible only if those States with jurisdiction over it remained inactive in relation to that case or are unwilling or unable, within the meaning of article 17(1)(a) to (c), 2 and 3 of the Statute. The second part of the test refers to the gravity threshold which any case must meet to be admissible before the Court". También en CPI, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan, Decision on Application under Rule 103, 04.02.2009, ICC-02/05, para. 25.

⁴⁴ Ambos (nota 36) p. 151.

⁴⁵ Cfr. Ambos (nota 2) p. 85 con nota 359.

⁴⁶ Para la determinación de la gravedad se han fijado distintos criterios, por ejemplo ver *Prosecutor v. Lubanga Dyilo* (nota 43) para. 63: debe ser una conducta "systematic or large scale", producir una "social alarm", en atención, además de la "position of the relevant person." Sin embargo, la *Appeals Chamber* calificó esta noción de gravedad como "flawed" en *Decision on the Prosecutor's application for warrant of arrest*, article 58, *opinio juris*, 13.07.2006, ICC-01/04-169, para. 82. En la Regulation of the OTP, ICC-BD/05-01-09, 23.04.2009, regla 29 N° 2 se establece: "In order to assess the gravity of the crime allegedly committed in the situation of the Office shall consider various factors including their scale, nature, manner of commission, and impact".

⁴⁷ *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor's application for a warrant of arrest, art. 58, case N° ICC-01/04-01/06, 10.02.2006, para. 46: "The Chamber holds that the following two features must be considered. First, the conduct which is the subject of a case must be either systematic (pattern of incidents) or large-scale" (...) "Second, in assessing the gravity of the relevant conduct, due consideration must be given to the social alarm such conduct may have caused in the international

sin importar el número de víctimas que tal conducta produzca⁴⁸. Ambos⁴⁹ distingue sobre el punto entre una gravedad jurídica y una relativa, donde la primera dice relación estrictamente con el ejercicio de la jurisdicción de la CPI, mientras que la segunda representa un aspecto dentro de la cláusula de interés de justicia y, por ende, permite mayor discrecionalidad en su aplicación. Debido a ello, la exigencia de estos tipos de gravedad es distinta; la gravedad jurídica exige un umbral generalmente bajo, mientras que la relativa, un umbral alto. Además, Ambos deja en claro que el fiscal debe abandonar la práctica ejercida hasta ahora de confundir ambos tipos de gravedad, lo cual pareciera indicar que el uso de cualquiera de ellas es admisible.

En general, se podría presumir que debido al alto contenido ilícito de los tipos penales contemplados en el ER, las conductas que satisfagan tales tipos penales cumplirán con el umbral de gravedad suficiente⁵⁰, al menos, de la gravedad jurídica. La satisfacción del umbral más alto que exige la gravedad relativa va a depender de cómo el fiscal subsume la situación o el caso dentro de los parámetros de la cláusula de Interés de justicia.

2. Inadmisibilidad en caso que no se haya dictado sentencia en un proceso nacional

Las primeras dos letras del art. 17 (1) se refieren a aquellos casos en que habiéndose llevado a efecto procesos en los derechos internos, no se ha llegado a una etapa de dictación de sentencia. El sentido y finalidad de las letras a) y b) es impedir una doble persecución penal. De este modo se contrarresta la posibilidad de una futura duplicidad de sentencias, evitando una eventual transgresión al principio *ne bis in idem*. Sin embargo, deben ser descartados dentro de esta causal todos aquellos casos en que un Estado, para evitar la intervención de la CPI, adopta medidas sólo para simular procesos, que en

community”.

⁴⁸ Schabas (nota 1) p. 190. Sin embargo, la OF utilizó un criterio cuantitativo en el caso de Irak. Así, la situación en Irak no era lo suficientemente grave, en atención al número mayor de víctimas habidas en la República Democrática del Congo, en Sudán o en Uganda, ver en CPI-OTP, Statement of Luis Moreno-Ocampo, 09.02.2006, p. 9. Disponible en http://www.iccnw.org/documents/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf (visto por última vez el 7 de junio de 2010); véase también Ambos (nota 36) p. 157.

⁴⁹ Ver los detalles de esta distinción en Ambos (nota 36) p. 162-165.

⁵⁰ Cárdenas (nota 11) p. 120.

definitiva concluirán en la suspensión o el sobreseimiento de los mismos. Tal situación resulta inaceptable⁵¹. Además es importante señalar que para la inadmisibilidad de un caso específico es necesario que la investigación o el enjuiciamiento sea llevado a cabo por los organismos encargados de tal función en el respectivo Estado y, por ende, se descarta la posibilidad de declarar inadmisibile un caso por una investigación conducida, por ejemplo, por una ONG o por alguna organización internacional⁵². Una investigación conducida por una Comisión de Verdad y Reconciliación sería suficiente, sólo si ésta ha sido creada por el Estado y cuenta con su apoyo⁵³.

La diferencia entre las letras (a) y (b) radica solamente en que esta última se refiere a una etapa procesal más avanzada. Aquí se trata de una investigación ya terminada, respecto de la cual se toma la decisión de no entablar la acusación respectiva. Las razones para tal decisión pueden ser de variada naturaleza y dependen del ordenamiento jurídico interno del Estado.

Tanto la letra a) como la b) se basan en el mismo razonamiento: en tanto un Estado no conduzca efectivamente una persecución penal, la CPI debe poder intervenir. Tal intervención puede llevarse a cabo, por tanto, paralelamente a una investigación desarrollada en el orden interno.

a. Admisibilidad por falta de voluntad

El art. 17 (2) indica de manera no taxativa⁵⁴, cuando la CPI puede conocer de un asunto por falta de voluntad del Estado en llevar adelante una persecución penal. La norma indica:

“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:

⁵¹ Rodríguez Morales (nota 1) p. 77.

⁵² Cárdenas (nota 11) p. 117.

⁵³ Ambos (nota 36) p. 177.

⁵⁴ En este sentido Razesberger (nota 33) p. 42-43; para Stigen (nota 21) p. 257-258, el punto es dudoso, pero se inclina por una concepción amplia. En igual sentido El Zeidy (nota 1) p. 167-168, para quien se deben leer conjuntamente las expresiones “shall consider” y “wether one or more of the following exist” (en cursiva por el autor). Este mismo autor señala que en relación con el propósito de sustraer no es posible efectuar una lista taxativa, p. 175. Por una consideración taxativa Holmes (nota 8) p. 675; también Ambos (nota 36) p. 182. Para Cárdenas, todas las excepciones del art. 17 son *numerus clausus* (nota 11) p. 116.

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”.

La falta de voluntad, a diferencia de la incapacidad, puede considerarse de naturaleza subjetiva⁵⁵, a pesar de que ciertas causales contempladas en la disposición, como la demora injustificada, pudiesen ser estimadas de manera más objetiva⁵⁶. De la norma se desprende que es la misma Corte la encargada de determinar si existe o no voluntad de perseguir penalmente, examinando la ritualidad de los procesos de acuerdo a parámetros fijados por el Derecho Internacional. Además, la intervención de la CPI puede proceder por una o más de las causales enumeradas en la disposición.

La primera causal es el propósito de un Estado de sustraer a una persona de su responsabilidad penal. Esto constituye un acto de *mala fide*⁵⁷, el que se puede ver representado en primer lugar a través de una negativa expresa del Estado de conducir una investigación penal. Tal negativa se refleja también en aquellos casos en que los presuntos autores y partícipes de crímenes nucleares son reconocidos como héroes nacionales⁵⁸. Por su parte, el propósito de sustraer se manifiesta a través del fomento de actividades conducentes a la realización de juicios simulados⁵⁹. En este último caso, la CPI examinará

⁵⁵ Stigen (nota 21) p. 251.

⁵⁶ El Zeidy (nota 1) p. 181.

⁵⁷ Ambos (nota 2) p. 141.

⁵⁸ Rodríguez Morales (nota 1) p. 82.

⁵⁹ Schabas (nota 1) p. 184: “The issue of unwillingness will arise where a national justice system is ‘going through the motions’ in order to make it look as if investigation and prosecution are underway although it may lack the resolve to see them through or may even be indulging in a sham trial held so that in any subsequent proceedings an accused can argue that he or she had already been tried and convicted and that any new trial is blocked by application of the rule against double jeopardy.”

si los juicios se llevan a cabo de manera efectiva y seria; de no ser así, surge una presunción de que el Estado quiere sustraer al presunto culpable de su responsabilidad ante la CPI⁶⁰. Esta presunción se vería desvirtuada, por ejemplo, si los procesos en cuestión no han podido ser continuados ni se ha llegado a una condena debido a la falta de elementos probatorios. En tal caso, el Estado actúa *bona fide*. Para determinar la voluntad de perseguir penalmente es necesario examinar la actividad del Estado en su conjunto⁶¹, es decir, no sólo la actividad judicial, sino también la de los otros poderes del Estado.

Es necesario también destacar que esta causal puede ser calificada de general, pues en ella encuentran cabida otras causales, como por ejemplo la demora injustificada en el juicio, la falta de independencia o de imparcialidad, etc⁶². A pesar de este carácter general, los redactores del ER optaron por considerar estas causales por separado⁶³. Por su parte, este carácter general de la letra (a) justifica considerar al art. 17 (2) como no taxativo.

En relación con la demora injustificada⁶⁴, para que haya lugar a ella es necesario que un proceso en concreto tenga una duración mayor a la que tendrían procesos similares llevados a cabo en el mismo país⁶⁵. En el caso que no exista un parámetro de medición de la duración de los procesos, podría recurrirse a una comparación en un plano internacional. Además de la comparación de la duración de los procesos, se pueden mencionar como criterios de determinación de la demora injustificada la complejidad del caso y la conducta de las partes durante la tramitación⁶⁶.

El exceso en la duración de las persecuciones penales refleja la falta de voluntad de los organismos nacionales de conducir los procesos, a pesar de existir una manifestación del Estado de investigar las conductas violatorias

⁶⁰ El Zeidy (nota 1) p. 176.

⁶¹ Cárdenas (nota 11) p. 123.

⁶² El Zeidy (nota 1) p. 170.

⁶³ Holmes (nota 8) p. 675.

⁶⁴ Según El Zeidy (nota 15) p. 901 este concepto debe entenderse objetivamente; según Jakob Pichon, "The principle of complementarity in the case of the sudanese nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court", 8 *ICLR* 2008, 185-228, p. 187, una demora debe ser comparada en relación con los procedimientos ordinarios nacionales.

⁶⁵ Holmes (nota 8) p. 676. Ver también Andreas Zimmermann, "Die Schaffung eines ständigen internationalen Strafgerichtshofes", 58 *ZaöRV* 1998, 47-108, p. 98 ss.; Razesberger (nota 33) p. 45.

⁶⁶ El Zeidy (nota 1) p. 187-188.

de manera efectiva⁶⁷. En este contexto, el concepto de plazo razonable juega un rol de importancia⁶⁸. Este exige que los procesos penales se desarrollen sin demoras innecesarias, pues éstas violan principios y garantías fundamentales como la seguridad jurídica, la protección de los derechos y el derecho a un proceso justo, los cuales están dirigidos en beneficio tanto de víctimas como de presuntos responsables⁶⁹.

La última causal del art. 17 (2) se refiere a la falta de independencia o imparcialidad. Tanto la independencia como la imparcialidad son requisitos fundamentales exigidos en el marco de un Estado de Derecho. La falta de voluntad reflejada a través de falta de independencia o imparcialidad se produce normalmente en aquellos casos en que los presuntos responsables se encuentran bajo la protección del Estado, o bien, aún ejercen funciones dentro de él⁷⁰. Sin embargo, se debe dejar en claro que estas causales sólo tienen cabida cuando se manifiestan en favor de los presuntos responsables. En caso contrario, es decir, una falta de independencia o de imparcialidad en perjuicio de los acusados, a pesar de tratarse de una infracción a la garantía del debido proceso, no daría lugar a la causal en análisis⁷¹. Ello se podría fundamentar en el sentido y la finalidad de la norma, pues lo que se

⁶⁷ Cárdenas (nota 11) p. 123. Para Kleffner (nota 39) p. 140 "Justification for a delay depends on the specific circumstances of the case in question and cannot be determined in abstract. Nevertheless, several clusters of justifying factors can be identified. All human rights bodies agree that one of the relevant factors is the (legal and factual) complexity of the case". Para Razesberger (nota 33) p. 46 es imposible determinar una duración promedio para un proceso nacional. Tal dificultad se debe a diferentes aspectos que se producen durante el desarrollo de los procesos.

⁶⁸ Para la determinación de un plazo razonable se deben analizar tres factores: 1. La dificultad de la causa; 2. El comportamiento del Estado y sus instituciones; 3. Las actividades efectuadas por las partes. Ver también art. 8.1. Convención Interamericana de Derechos Humanos "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...". Para el reconocimiento en la jurisprudencia internacional ver CIDH, *Baldeón García v. Perú*, Sentencia, 06.04.2006, Series C 147, paras. 139 y 155; CIDH, *19 Comerciantes v. Colombia*, Sentencia, 05.07.2004, Series C 109, paras. 188-191 especialmente donde dice que un plazo razonable "debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse."; CIDH, *Radilla Pacheco v. México*, Sentencia 23.11.2009, Series C 209, para. 244; IAGMR, *Masacre de las Dos Erres v. Guatemala*, Sentencia 24.11.2009, Series C 211, paras. 132, 135, 231; EGMR, *Chyb v. Poland*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 22.08.2006, Application N° 20838/02, para. 35.

⁶⁹ Rodríguez Morales (nota 1) p. 83.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 86.

⁷¹ La función del art. 17 no es garantizar el cumplimiento de las normas relativas a un debido proceso. Sobre el tema ver Kevin Heller, "The shadow side of complementarity: the effect of article 17 of the Rome Statute on national due Process", 17 (3-4) *CLF* 2006, 255-280, p. 260 ss., p. 262-263, p. 272-273; ver también Ambos (nota 36) p. 188.

persigue es determinar si la CPI es competente para conocer de un asunto en caso de falta de voluntad de un Estado; si la falta de independencia o de imparcialidad fueran en perjuicio de los responsables, se estaría acreditando la voluntad del Estado de perseguir penalmente. Además, si se lee la norma en cuestión, ésta indica que es necesario que el proceso no sea o no haya sido conducido imparcial o independientemente, y que, además, se den las circunstancias que reflejen la incompatibilidad con la intención del Estado "...de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia". Ante una falta de imparcialidad o independencia en perjuicio de los responsables, el Estado actúa en realidad con la intención de que aquéllos sean conducidos ante la justicia.

Tanto la letra (b) como la (c) establecen el requisito común de la incompatibilidad "con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia". Esta exigencia puede ser asimilada a la intención de sustraer de la responsabilidad penal contemplada en la letra (a), de manera que, desde una perspectiva subjetiva, se puede concluir que todo el art. 17 (2) gira entorno al análisis de la buena o mala fe con la que actúa el Estado.

b. Admisibilidad por incapacidad⁷².

La causal de incapacidad se encuentra establecida en el art. 17 (3) de la siguiente manera:

"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".

A diferencia de la falta de voluntad, la incapacidad no presenta discusión en cuanto a su carácter no taxativo⁷³, ello debido principalmente a la expresión "...por otras razones...", la cual otorga a la CPI la posibilidad

⁷² "The Principle of the Complementarity in Practice", Informal Expert Paper, doc656350, p. 31. Son hechos constitutivos de incapacidad: "lack of necessary personnel, judges, investigators, prosecutor; lack of judicial infrastructure; lack of substantive or procedural penal legislation rendering system 'unavailable'; lack of access rendering system 'unavailable'; obstruction by uncontrolled elements rendering system 'unavailable'; and amnesties, immunities rendering system 'unavailable'". Disponible en <http://www2.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc656350.pdf> (visto por última vez el 15 de junio de 2010).

⁷³ Ver *supra* nota 54.

de evaluar con cierta discreción si procede conocer de un asunto o no. Otra diferencia consiste en que la incapacidad se trata de un concepto más objetivo que el de falta de voluntad⁷⁴. La incapacidad para investigar o enjuiciar tuvo importancia al analizar las situaciones en Somalia⁷⁵ y en Ruanda⁷⁶.

En relación con el colapso total o sustancial del sistema nacional de justicia, se debe constatar si éste se encuentra de tal manera debilitado, que es capaz de producir una falta en el funcionamiento (colapso total)⁷⁷ o bien una afectación significativa (colapso sustancial)⁷⁸. Ello se puede deber a distintos factores como la situación de hecho del país, el exceso de trabajo de los funcionarios de la administración de justicia, la falta de recursos, etc.⁷⁹. Por lo tanto, un Estado, cuya administración de justicia funcione correctamente puede oponerse siempre ante una intervención de la CPI⁸⁰.

La falta de un sistema de administración de justicia (no disponibilidad) representa un grado mayor de incapacidad. Se refiere a aquellas situaciones en las cuales o no existe lisa y llanamente un sistema judicial, o bien, a pesar de una posible existencia de una estructura judicial, por razones fácticas o jurídicas, en un caso concreto no puede hacerse uso de ella⁸¹. Discutido es si un vacío legal en el ordenamiento interno pudiese ser calificado como no disponibilidad. Tal vacío legal se puede manifestar a través de la falta de implementación del ER en el ordenamiento interno. Esto es importante en el caso de Chile, pues a pesar de haber ratificado el ER, aún no ha dictado una ley de implementación del mismo. A la fecha, sólo existe una ley (23.357) que tipifica los delitos de genocidio y lesa humanidad, como también modifica y amplía el tipo penal de crimen de guerra. Sin embargo, tal ley (de 18 de julio de 2009) es anterior a la publicación del Decreto de ratificación del ER (1 de agosto de 2009) y no fue dictada con el objeto de implementar el

⁷⁴ El Zeidy (nota 1) p. 222.

⁷⁵ Mahnoush H. Arsajani, "Reflections on the Jurisdiction and Trigger Mechanism of the International Criminal Court" en von Hebel/Lammers/Schukking (ed.) *Reflections on the International Criminal Court* (T.M.C. Asser Press, La Haya, 1999) 57-76, p. 70.

⁷⁶ William A. Schabas, "Justice, Democracy and Impunity in Post-genocide Rwanda: Searching for Solutions to Impossible Problems", 7 (3) *CLF* 1996, 523-560, p. 525-534.

⁷⁷ Cárdenas (nota 11) p. 125.

⁷⁸ El Zeidy (nota 1) p. 226.

⁷⁹ Rodríguez Morales (nota 1) p. 88.

⁸⁰ Schabas (nota 1) p. 184.

⁸¹ Meißner (nota 42) p. 86.

Estatuto. Sobre el punto en cuestión, la falta de implementación no debería dar lugar a la no disponibilidad, siempre que existan en el ordenamiento jurídico tipos penales que sancionen las conductas establecidas en el ER, ya sea como crímenes internacionales o nacionales⁸².

Finalmente, tanto el colapso total o sustancial como la falta de un sistema de administración de justicia exigen que se den una o varias de las consecuencias establecidas en el mismo art. 17 (3), es decir, la imposibilidad de hacer comparecer a los responsables ante la justicia, no disponer de los medios de prueba, incluido testimonios, para acreditar la responsabilidad, como la imposibilidad de llevar adelante los procesos por cualesquiera otras razones. Esta última expresión tan genérica, según la Corte Constitucional colombiana, se refiere a la ausencia de los requisitos objetivos indispensables para la conducción de los procesos⁸³.

3. Inadmisibilidad en caso que haya sido dictada sentencia (cosa juzgada)

Esta causal de inadmisibilidad se refiere a aquellos casos en que una cuestión jurídica ha sido resuelta a través de sentencia. Esta excluye a las anteriores causales, no sólo porque se trata de un estado más avanzado del proceso, sino también porque implica una actividad mayor del Estado por llevar adelante los juicios. Esta voluntad activa del Estado se refleja a través de la existencia de medios efectivos propios de todo Estado de Derecho, que permiten que las investigaciones concluyan en una sentencia condenatoria o absolutoria⁸⁴. El fundamento de esta causal es entonces la cosa juzgada que emana de toda sentencia.

La cosa juzgada tiene como correlato el principio *ne bis in idem*. En este

⁸² Más detalles sobre esta discusión ver Ambos (nota 36) p. 200 con nota 315, p. 201 con nota 319.

⁸³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, 30.07.2002, C 578. Disponible en http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/dpi/sc578_02.HTM (visto por última vez el 16 de junio de 2010): "Conclusiones Finales (4) En relación con el artículo 17, párrafo 3, del Estatuto de Roma, las 'otras razones' a fin de determinar la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar un asunto se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio". También en Ratificación de Colombia al Estatuto de Roma, "Declarations and Reservations". Reference: C.N.834.2002. TREATIES-33 (Depositary Notification) 05.08.2002. Disponible en <http://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/11/19981110%2006-38%20PM/Related%20Documents/CN.834.2002-Eng.pdf> (visto por última vez el 16 de junio de 2010): "3. Concerning article 17(3), Colombia declares that the use of the word 'otherwise' with respect to the determination of the State's ability to investigate or prosecute a case refers to the obvious absence of objective conditions necessary to conduct the trial".

⁸⁴ Schabas (nota 1) p. 192.

sentido, se debe evitar una intervención de la CPI en virtud del art. 17 (1) (c) en aquellos casos en que el Estado ha actuado eficazmente. Sin embargo, el principio *ne bis in idem* tiene aplicación en un ámbito restringido, es decir, sólo encuentra cabida respecto de procesos que se hayan realizado ante la propia CPI⁸⁵. Esta conclusión se deriva del art. 20 (3), relativo a la cosa juzgada, en virtud del cual la CPI puede conocer de un asunto ya juzgado por otro tribunal si el proceso respectivo se hubiera llevado a efecto con la intención de "...sustraer al acusado de su responsabilidad penal..." (letra a)) o no ha sido "...independiente o imparcial (...) o (...) fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia" (letra b)). En tales casos, el *ne bis in idem* no es aplicable⁸⁶. Tal limitación al uso de este principio sólo se justifica a través de la necesidad de proteger los derechos de las víctimas⁸⁷. Por otro lado, se puede argumentar que el art. 20 (3) no representa ninguna excepción a la cosa juzgada, pues aquellas sentencias dictadas con la intención de sustraer a los acusados de su responsabilidad penal son fruto de procesos aparentes y, por lo tanto, la cosa juzgada que deriva de ellas también pueden ser calificadas de aparentes⁸⁸. En resumen, la relativización aquí mencionada se refiere sólo a las acciones de la CPI respecto de la jurisprudencia de los tribunales nacionales, siendo la misma

⁸⁵ Rodríguez Morales (nota 1) p. 95.

⁸⁶ El mismo criterio se estableció en el art. 10 Estatuto del ICTY y art. 9 del Estatuto del ICTR. Ver CIDH *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, Sentencia 26.09.2006, Series C 154, para. 154; Marcos Zilli, 'O último Tango?', en Prado Soares/Shimada Kishi (coord.) *Memória e Verdade, A Justiça do Transição no Estado Democrático Brasileiro* (Editora Forum, Belo Horizonte, 2009) 93-117, p. 112. En relación con el principio *ne bis in idem* ver el comentario de Rod Rastan, "What is a 'Case' for the Purpose of the Rome Statute?", 19 *CLF* 2008, 435-448, p. 437-438. Para la admisibilidad de una situación es necesario determinar qué significa la voz "conducta" establecida en los art. 17 (1)(c) y 20 (1). "Conducta" puede ser entendida en un sentido específico o general. En el primer caso, la cosa juzgada exige igualdad de lugar, de tiempo, de autor y de víctima; en el segundo, sólo es necesario la identidad de autor. El autor citado indica que la expresión "conducta" está unida al principio *ne bis in idem* y por ello, en el art. 17 (1)(c) se refiere a un hecho específico. Dudoso es, si el mismo criterio puede ser utilizado para las causales del art. 17 (1) (a) y (b), a pesar de que no hablen de conducta, sino de "asunto". Ello sí tendría aplicación. De este modo, un asunto se refiere siempre a una situación específica. Cfr. también Ambos (nota 36) p. 151-156.

⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia (nota 16) para. 30.

⁸⁸ Sandra Cristina Penagos Trujillos/Juan Carlos Sánchez Posso, *El non bis in idem y la cosa juzgada en el estatuto de roma de la corte penal internacional* (Ed. Ibáñez, Bogotá, 2007), quienes concuerdan con Ibáñez Guzmán, p. 177: "...en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o de infracciones graves al derecho internacional humanitario derivadas del incumplimiento protuberante por el Estado colombiano de sus deberes de sancionar esas conductas, en el fondo prácticamente no existe cosa juzgada, pues ésta no es más que aparente".

CPI la encargada de decidir si debe o no conocer de un caso ya resuelto por una jurisdicción interna⁸⁹.

Por su parte, el *ne bis in idem* también podría ser objeto de relativización en el plano interno, en los casos en que el primer proceso no haya sido tramitado de manera efectiva⁹⁰. La Corte Constitucional de Colombia sigue esta idea, al indicar que tratándose de casos relativos a violaciones a los Derechos Humanos es posible reabrir las investigaciones "...incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada", cuando se presenten nuevos hechos o medios de prueba no conocidos durante el proceso anterior⁹¹. Además, la misma Corte agrega que tratándose de decisiones dictadas por tribunales internacionales reconocidos por el Estado, también puede investigarse nuevamente a pesar de constar la decisión con fuerza de cosa juzgada⁹².

En definitiva, la relativización del *ne bis in idem* en materia de crímenes nucleares permite a los tribunales nacionales conocer un asunto más de una vez; a la CPI conocer de asuntos ya decididos por los tribunales internos; a los tribunales nacionales, asuntos decididos por la CPI. Sin embargo, a la CPI le está prohibido conocer dos veces del mismo asunto, es decir, el *ne bis in idem* rige dentro del ámbito de la CPI de manera absoluta.

En los casos en que un tribunal nacional falle un asunto que se encuadra dentro de uno de los tipos penales contemplados en el ER, pero lo hace con una calificación jurídica distinta, se debiera colegir que una excepción de cosa juzgada debiese tener lugar. La razón para ello es que la persecución efectiva del delito ya se ha logrado, y por ende, el *ne bis in idem* se aplica sin ninguna restricción. El problema se puede presentar si la calificación hecha por el tribunal nacional implica la aplicación de una pena que parezca muy inferior a la que debería ser aplicada en caso de calificarse el delito de acuerdo a la norma internacional⁹³. Sobre el punto es difícil establecer un criterio

⁸⁹ Lombana Villalba (nota 6) p. 124.

⁹⁰ Chicago Principles on post conflict justice, a joint project of International Human Rights Law Institut, Chicago Council on Global Affairs, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Association Internationale de Droit Pénal, 2007, 1.3. Prosecution. Prohibiting multiple trials for the same crime.

⁹¹ Corte Constitucional de Colombia (nota 16) para. 30.

⁹² *Ibidem*, para. 35.

⁹³ Rodríguez Morales (nota 1) p. 99; Schabas (nota 1) p. 192. Según este autor, esto resulta problemático porque el acusado podría ser castigado de acuerdo al ordenamiento nacional como autor de asesinato

general, por lo que debería analizarse cada situación en concreto.

Finalmente, en relación con las excepciones que conllevan a la admisibilidad contempladas en el art. 20 (3)(b), esto es, falta de independencia o imparcialidad, a diferencia de las ya mencionadas a propósito de la incapacidad (art. 17 (3)), aquéllas pueden ser tanto a favor como en perjuicio de los responsables⁹⁴.

CONCLUSIÓN

La ratificación por parte de Chile del ER implica un gran reto que debe comenzar con la implementación de tal tratado en el ordenamiento interno. Entre las normas de mayor relevancia del Estatuto se encuentra el art. 17, cuya finalidad es determinar en qué casos la CPI podrá investigar y enjuiciar crímenes internacionales nucleares tipificados en el ER. Es lo que se denomina test de complementariedad.

El test de complementariedad implica, en primer lugar, determinar si el Estado en cuestión ha permanecido o no inactivo frente a su obligación de investigar y enjuiciar los crímenes nucleares. La inactividad del Estado permite la intervención de la CPI sin más, mientras que la comprobación de cierta actividad obliga a analizar las siguientes causales.

En segundo lugar, el art. 17 exige examinar si el asunto está revestido de gravedad suficiente para justificar la intervención de la CPI. Se trata de un umbral independiente que permite a la CPI concentrarse sólo en aquellos asuntos destinados a castigar los crímenes más graves cometidos por los que se encuentran a la cabeza de sus ejecuciones. Frente a la falta de precisión del concepto gravedad se han elaborado distintos criterios que en definitiva han impedido lograr un consenso en cuanto a su contenido. Sin embargo, el uso de un criterio cuantitativo, es decir en atención al número de víctimas, debiese ser desechado.

En tercer lugar, siendo un caso lo suficientemente grave, la distinción del resto de las causales se hace en atención a la etapa en la que se encuentran

(*murder*) en vez de genocidio. Sin embargo, el autor agrega que el asesinato (*murder*) se encuentra reconocido en todos los ordenamientos jurídicos y sujeto a las penas más severas. Por esta razón, recurrir a la Corte no sería necesario.

⁹⁴ Cárdenas (nota 11) p. 127. Una opinión en contrario sostiene Rodríguez Morales (nota 1) p. 96, para quien "podrían admitirse excepciones a la cosa juzgada únicamente favorables al acusado".

los procesos en el sistema interno. Así, un asunto es inadmisibile si se ha realizado alguna actividad de investigación o enjuiciamiento hasta antes de que se haya dictado sentencia, salvo que se refleje falta de voluntad o incapacidad en la substanciación de los procesos. El primero de estos criterios es de carácter subjetivo y gira en torno a la noción de mala fe, mientras que el segundo es un concepto más objetivo. Por su parte, un asunto es inadmisibile si ya se ha dictado sentencia, salvo que se cumpla alguna de las excepciones contempladas en el art. 20 (3), lo cual permite, nuevamente, el conocimiento del asunto por la CPI.

Finalmente, se debe dejar en claro que si bien un asunto puede superar el test de complementariedad, ello no significa necesariamente que la CPI deba conocer de él. El interés de justicia juega aquí un rol determinante.