

REVISTA DEL MAGISTER Y DOCTORADO EN DERECHO / N° 1 / 2007

UNIVERSIDAD DE CHILE **FACULTAD DE DERECHO**
ESCUELA DE GRADUADOS

Número 1

Año 2007

**REVISTA DEL MAGISTER Y DOCTORADO EN
DERECHO**

ÍNDICE.

PRESENTACIÓN	13
I. SECCIÓN ESTUDIANTES Y EGRESADOS	15
Reserva Legal y Protección de los Derechos Fundamentales de los Inmigrantes.	
Jaime Bassa Mercado	17
Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Interpretación Constitucional Chilena.	
Gabriel Celis Danzinger	43
Una Aproximación al Conflicto de Interés en el Código Civil Chileno.	
Ricardo Reveco Urzúa	75
II. SECCIÓN PROFESORES DEL PROGRAMA E INVITADOS	121
La Corte Penal Internacional y su Relación con las Jurisdicciones Nacionales.	
Profesora Claudia Marcela Cárdenas Aravena	123
Las Paradojas del derecho Internacional Privado Chileno.	
Profesora Dra. Elina Mereminskaya	139
El Contrato de Seguro y el Exceso de Responsabilidad Civil.	
Profesor Mauricio Tapia R.	159
La Obra Audiovisual: Autoría y Titularidad a la Luz de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Fomento Audiovisual.	
Profesor Carlos Urquieta Salazar	201
III. SECCIÓN TESIS	219
Defensa de tesis o de Actividad Formativa Equivalente a Tesis.	221
IV. NORMAS	
Normas para los Colaboradores de la Revista	229

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU RELACIÓN CON LAS JURISDICCIONES NACIONALES.

Dra. Claudia Marcela Cárdenas Aravena*

I. RESUMEN.

La Corte Penal Internacional surge como respuesta a la necesidad de la humanidad de contar con un tribunal permanente que juzgue los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. Sin embargo, su implementación ha generado algunas discrepancias, especialmente respecto de los límites jurisdiccionales del Tribunal y de la eventual arbitrariedad en la función de su fiscal. Frente a ello, el principio de la complementariedad puede otorgar ciertos parámetros que permitan armonizar la coexistencia de la jurisdicción de cada Estado junto a las nuevas funciones jurisdiccionales atribuidas a la Corte Penal Internacional por el Estatuto de Roma.

II. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD.

La Corte Penal Internacional fue establecida con carácter permanente y personalidad jurídica de derecho internacional por el Estatuto de Roma,¹

* El presente artículo se basa en una ponencia presentada en la Universidad Austral de Chile el 26 de diciembre de 2005. Para comentarios puede contactárseme a mi dirección de correo electrónico cardenascl@yahoo.de.

La autora es Dr. en Derecho Penal y profesora en la Universidad de Talca.

¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en la versión corregida por los procesos verbales de 10 de noviembre de 1998, de 12 de julio de 1999, de 30 de

que fue aprobado en julio de 1998 y que entró en vigor en julio de 2002, luego de superar el mínimo de 60 ratificaciones necesarias,² marcando un hito en la historia del derecho en general y del derecho penal internacional en particular. Medio siglo después del juicio de Nuremberg, la comunidad internacional se da una corte penal permanente, competente para juzgar los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Actualmente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional cuenta con 100 Estados partes³, y Chile ha declarado repetidamente su voluntad de unirse a ellos.

Esta institución, aún relativamente nueva en el concierto mundial, se enfrenta al problema de que poderosos actores internacionales ven en su actuar una amenaza para sus propios intereses. Uno de los argumentos más prominentes en contra de la Corte Penal Internacional es que su Fiscal tendría demasiado poder y su actuar no estaría sometido a ninguna limitación vinculante. Se arguye que, de este modo, un Fiscal motivado políticamente podría perseguir de modo arbitrario, sin estar limitado por el legítimo ejercicio de la jurisdicción estatal. El actuar de la Corte Penal Internacional conllevaría entonces, al menos el peligro de una violación de la soberanía estatal y de los derechos de los ciudadanos, que estarían a merced de este ejercicio arbitrario del poder. Este desarrollo argumentativo ignora por completo la singular forma de relación entre la jurisdicción penal internacional permanente y las jurisdicciones nacionales. Esta forma de relación está gobernada por el “principio de complementariedad”, especialmente ideado al efecto, que, entre otras muchas manifestaciones, sienta límites jurídicos indisponibles al actuar del Fiscal de la Corte Penal Internacional.

Si bien el Estatuto de Roma no contiene una definición del principio de complementariedad,⁴ su real alcance puede extraerse de las disposiciones del

noviembre de 1999, de 8 de mayo de 2000, de 17 de enero de 2001 y de 16 de enero de 2002), A/CONF.183/10, 17 de julio de 1998 (en adelante: ECPI).

² Conforme al artículo 126 inciso 1 ECPI. Atendida las implicancias políticas de la materia y en compasión con otros tratados internacionales, el lapso de tiempo de menos de cuatro años entre la aprobación del Estatuto y su entrada en vigor es asombrosamente corto.

³ El Estado actual de ratificaciones puede ser consultado en <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty11.asp>.

⁴ Como lamenta el fallo del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2002 sobre la constitucionalidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional en su considerando 20. En efecto, el concepto “complementariedad” no está siquiera mencionado en el Estatuto, donde sólo se utiliza el adjetivo “complementario”. Llama la atención al

Estatuto. Un ejemplo de las limitaciones objetivas a las facultades del Fiscal derivadas del principio de complementariedad son las disposiciones relativas a la admisibilidad, que no están sometidas a su arbitrio político, sino más bien al control jurisdiccional de la Corte. Habiendo comprendido en qué consiste el principio de complementariedad y sus principales manifestaciones en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se entiende hasta qué punto la antes mencionada crítica acerca del peligro de arbitrariedad por parte de su Fiscal carece de fundamento.

A fin de aportar mayor claridad sobre estas afirmaciones y explicar en mejor forma en qué consiste el principio de complementariedad, me referiré a continuación brevemente a las posibles formas de relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales, para seguir luego con el principio de complementariedad y sus más importantes manifestaciones en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

III. POSIBLES FORMAS DE RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL Y LAS JURISDICCIONES NACIONALES⁵.

En teoría, la jurisdicción internacional podría tener competencia exclusiva sobre los crímenes internacionales o concurrir con los Estados. Si bien la exclusividad de la jurisdicción internacional para crímenes internacionales conllevaría el beneficio de la aplicación uniforme de las normas de penal derecho internacional⁶, era claro que no concitaría el apoyo político necesario, por lo que en las negociaciones para el Estatuto de la Corte Penal Internacional se optó desde un principio por la segunda

respecto: Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 2ª edición, pág. 85.

⁵ En más profundidad Cárdenas Aravena, Claudia, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof – Zur Auslegung des Art. 17 IStGH-Statut unter besonderer Berücksichtigung von Amnestien und Wahrheitskommissionen*, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin, 2005, págs. 33 y ss.

⁶ Este beneficio va siempre de la mano de un sistema de aplicación directa del derecho internacional o *direct enforcement model*. Además hay quienes opinan que sólo un tribunal internacional estaría capacitado para juzgar adecuadamente determinados crímenes. Cfr. el Informe Alfaro (UN Doc. A/CN.4/15), pág. 129, Así como el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, tomo II parte 2, 1990, págs. 22-118.

alternativa, una jurisdicción penal internacional que concurriera con las jurisdicciones nacionales.

Pueden distinguirse distintos modelos de competencia concurrente entre los Estados y la jurisdicción internacional. En todos ellos, la pregunta acerca de los criterios según los cuales ha de decidirse si corresponderá a la jurisdicción nacional o internacional conocer de un asunto se contestará de modo distinto. Así, la jurisdicción penal internacional podría funcionar sobre la base de declaraciones específicas de reconocimiento de jurisdicción, ya sea para cada caso particular o para una situación específica⁷; o podría existir la posibilidad de revocar para uno o más casos particulares un reconocimiento general de la jurisdicción de la Corte. Los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de 1951, 1953 y 1993 siguieron modelos de esta especie.⁸ Sin embargo, la falta de obligatoriedad de la jurisdicción penal internacional que de ellos resultaba fue ampliamente criticada⁹.

Un modelo distinto de jurisdicción concurrente es el vigente para los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc para la ex Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR), establecidos en la década pasada (1993 y 1994 respectivamente) al alero del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Ellos basan su relación con los Estados en el principio de primacía de la jurisdicción internacional sobre las jurisdicciones nacionales. Es así que, según sus Estatutos (artículo 9 inciso 2 ETPIY y artículo 8 ETPIR) en cualquier momento y sin mayor fundamento estos Tribunales pueden iniciar un procedimiento respecto de la situación para la que son competentes e incluso solicitar a cualquier Estado miembro de la ONU que les traspase un

⁷ El vocablo “caso” se utiliza en la acepción correspondiente a “asunto” o “causa”. Una “situación” comprende en cambio varios casos derivados de un mismo conflicto, normalmente con un común denominador geográfico y temporal.

⁸ En su versión final, el Estatuto de la Corte Penal Internacional contempla, aunque con limitaciones, la posibilidad de declarar de aceptación ad-hoc de la jurisdicción de la Corte (artículo 12 inciso 3), así como la posibilidad de declarar la no aceptación de la competencia de la Corte sobre crímenes de guerra por un lapso de siete años desde la entrada en vigor del Estatuto respecto de la parte de que se trate (artículo 124). Hasta hoy, sólo Francia y Colombia han hecho uso de esta última posibilidad.

⁹ Cfr. Graven, Jean, *“La Décision Positive de la Commission du Droit International sur L'Institution d'une Cour Criminelle Internationale”*, Toward a feasible international criminal court, 1970, Stone, Julius y Woetzel, Robert Kurt editores, págs. 169 y 212.

proceso en curso.¹⁰ Sin embargo, este modelo de la primacía de la jurisdicción penal internacional no pudo imponerse políticamente en las negociaciones para el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Lo anterior resulta comprensible, ya que mientras los Tribunales Penales Internacionales fueron creados como instituciones ad-hoc, para lidiar con situaciones concretamente delimitadas, como lo son los conflictos en la ex Yugoslavia y en Ruanda, la Corte Penal Internacional es una institución permanente que aspira a tener una competencia universal¹¹. Siguiendo con el paralelo, mientras la creación misma de los Tribunales Penales Internacionales por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha implicado un juicio (político) respecto de la necesidad de la intervención de la justicia internacional en la situación de que se trata, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se hizo necesario desarrollar criterios para que la Corte misma determine tal necesidad en cada situación y en cada caso, ya que será ella la que determine la existencia de su facultad para proceder.¹² Es así que fue necesario idear un modelo nuevo de jurisdicción concurrente, que en esencia busca equilibrar la necesidad de eficacia de la jurisdicción penal internacional con las preocupaciones de ciertos Estados por ver afectada su soberanía en la menor medida posible.¹³ Nació así el principio de complementariedad. El carácter complementario de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional está consignado expresamente en el artículo 1 de su Estatuto y en el párrafo 10 de su preámbulo.

IV. CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD.

¹⁰ En el Estatuto de la Corte Penal Internacional no está contemplada esta facultad, bajo ningún supuesto.

¹¹ La consecución de esta aspiración dependerá de la ratificación de los Estados, ya que para que la Corte pueda ejercer jurisdicción, el Estado territorial o el de la nacionalidad del imputado deben ser parte del ECPI.

¹² Es por eso que, aunque se trata de una expresión común, es incorrecto decir que el principio de complementariedad implica una primacía de la jurisdicción estatal, ya que en la doctrina de la distribución de competencias en materia procesal penal internacional, esto significa que los Estados decidirían por sí y ante sí si la Corte Penal Internacional puede proceder en un caso, en circunstancias de que es la propia Corte la que toma esa decisión.

¹³ Cfr. Hernández Concepción, "El Principio de Complementariedad", *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana, Encuentro iberoamericano sobre justicia penal internacional*, Yáñez-Barnuevo, Juan Antonio editor, 2001, Madrid, págs. 78-100, págs. 79 y s., pág. 92.

El principio de complementariedad es la idea matriz que guía las relaciones entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales. Actuando conforme a él, la Corte concurre con los Estados, que conservan intactas sus competencias para la investigación y persecución de crímenes internacionales, en tanto ella está jurídicamente facultada para actuar sólo en casos de excepción¹⁴, cuando un asunto determinado y de gravedad suficiente no ha sido abordado por las autoridades estatales o éstas no han procedido de acuerdo con los estándares mínimos establecidos en la regulación del Estatuto. En estos casos, la Corte actúa en cooperación con los Estados. Conforme al mismo principio, si la Corte determina que una investigación o un enjuiciamiento que está jurídicamente facultada para llevar a cabo no redundan en interés de la justicia, está facultada para no proceder. Este sistema presupone el reconocimiento automático de la jurisdicción de la Corte por parte de los Estados partes del Estatuto¹⁵.

A continuación, las manifestaciones más importantes del principio de complementariedad serán desarrolladas. Se analizará brevemente la conservación intacta de las facultades estatales, la competencia de la Corte, las condiciones para su ejercicio, el examen de admisibilidad, los intereses de la justicia y la obligación estatal de cooperar.

V. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD.

1. Conservación intacta de las facultades estatales.

El principio de complementariedad fundamenta una forma de jurisdicción concurrente de la jurisdicción penal internacional con las jurisdicciones estatales, cuyas facultades quedan intactas¹⁶. Es así que el

¹⁴ De hecho, se ha intentado explicar al principio de complementariedad como una suerte de mínima intervención de la jurisdicción penal internacional. Cfr. Pigrau Solé Antoni, "Hacia un Sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, 2000, Boletín Oficial del Estado y Escuela Diplomática de Madrid, Madrid, 63, págs. 67 y ss.

¹⁵ Esta aceptación automática de la jurisdicción está regulada en el artículo 12 ECPI. La ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de los Estados Partes bastan para hacer vinculante el consentimiento de los Estados respecto del ejercicio de jurisdicción por parte de la Corte.

¹⁶ Cfr., a saber, Bleich Jeffrey L., "Complementarity", *13 Nouvelles Études Pénales. The International Criminal Court: Observations and Issues before the*

Estatuto de la Corte Penal Internacional recuerda en su preámbulo (inciso 6) “que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

Tras el concepto de jurisdicción complementaria está la idea de que un tribunal internacional que se haga cargo del trabajo que realizan los tribunales nacionales carece de sentido, ya que las jurisdicciones nacionales estarán a menudo más desarrolladas y pueden ser más efectivas en aquellos casos en los que actúan¹⁷. La Corte Penal Internacional está llamada entonces a complementar y de este modo mejorar el sistema para la persecución de crímenes internacionales, está llamada a hacerlo más efectivo de lo que ha sido hasta ahora¹⁸. Representa un plus al sistema preexistente, que se conserva íntegramente. Por eso, cuando un Estado investiga o persigue los crímenes de competencia de la Corte, como regla general la actividad de la Corte se considera superflua, aún cuando el Estado

Preparatory Committee; and administrative and financial implications, 1997, págs. 231-243.

¹⁷ Cfr. Bourdon, William y Duverger, Emmanuelle, **La Cour pénale internationale, Le statut de Rome**, Seuil, Paris, 2000, pág. 95; como también Meron, Theodor, “The International Criminalization of Internal Atrocities”, *American Journal of International Law* 89, 1995, páginas 554-555: “The enforcement of international humanitarian law cannot depend on international tribunals alone. They will never be a substitute for national courts. National systems of justice have a vital, indeed, the principal, role to play here.” También Bleich Jeffrey L., “Complementarity”, 13 *Nouvelles Études Pénales. The International Criminal Court: Observations and Issues before the Preparatory Committee; and administrative and financial implications*, 1997, páginas 231-240. Contrástese Hilgendorf Eric, “Nationales oder transnacionales Strafrecht Europäisches Strafrecht, Völkerstrafrecht und Weltrechtsgrundsatz im Zeitalter der Globalisierung”, *Raum und Recht. Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät*, 2002, Dreier, Horst/Forkel, Hans/Laubenthal, Klaus editor, Duncker & Humboldt, Berlin, páginas 333, 354 y s.

¹⁸ “Der Sinn des Römer Statuts besteht darin, Lücken in der Strafverfolgung zu füllen, wo klare Anzeichen bestehen, dass ansonsten eine für die internationale Gemeinschaft unerträgliche Straflosigkeit die Folge wäre. Gleichzeitig wird mit dieser Konzeption die primäre Verantwortung der Einzelstaaten für die Strafverfolgung unterstrichen, was nicht das geringste Verdienst des Römer Statuts darstellen dürfte.” [...] “Der Komplementaritätsgedanke ist Ausdruck des föderalistischen Prinzips, wonach Probleme auf der Stufe geregelt werden sollten, wo sie am besten gelöst werden können.” “Botschaft über das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs”, *Bundesblatt der Confederatio Helvetica*, Nr. 7, 20. Februar 2001, 2001, págs 416 y s. Cfr. asimismo Lattanzi Flavia, “Compétence de la Cour Pénale Internationale et Consentement des États”, *Revue Générale de Droit International Public*, 103, 1999, páginas 425-428.

de que se trate no detente alguno de los títulos de jurisdicción más tradicionales (territorialidad, personalidad).

Si bien las facultades de los Estados para investigar y juzgar crímenes internacionales no se ven alteradas por su ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, los Estados sí deben tener en consideración que ya no son los únicos entes competentes para juzgar esta clase especial de ilícitos, y que en los casos en que la Corte Penal Internacional inicie un procedimiento, los Estados Partes adquieren la obligación explícita de cooperar y de reconocer las sentencias de la Corte. Estas obligaciones las adquieren los Estados ejerciendo su soberanía, al obligarse libremente por el Tratado de Roma. La soberanía no puede entenderse como impedimento para adquirir obligaciones internacionales, máxime en materias relacionadas con el respeto, protección y promoción de los Derechos Humanos, que son precisamente un límite a la soberanía estatal¹⁹ (artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política). Cuando hay crímenes internacionales en juego, que importan la criminalización basada directamente en el Derecho Internacional²⁰, la *ultima ratio* del Derecho Internacional para el castigo de los atentados más graves contra los presupuestos fundamentales de

¹⁹ “The law of human rights is an exceptional achievement and perhaps the most important development in international law this century. This law has destroyed the myth of the sovereignty of states and upgraded the status of the individual to that of a full actor and subject of international law” Sob Pierre, “The Dynamics of International Criminal Tribunals – Perspectives on Achieving Effective Human Rights Protection”, *Nordic Journal of International Law* 67, 1998, 139, pág. 154. Cfr. Ambos Kai, “Anmerkung zum Fall Jorgic, Urteil von 30.4.1999 – 3 StR 215/98, BGHSt Band 45 64-91”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1999, 396, pág. 405; Ambos, Kai, **Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, zur „impunidad“ in südamerikanischen Ländern aus völkerrechtlicher Sicht**, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, tomo 60, Freiburg i. Br., 1997, pág. 195; Institut de Droit International, “Resolutions adoptées par l’Institut a sa Session de Saint-Jaques-de-Compostelle (5-13 septembre 1989), III.- La protection des droits de l’homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États”, *Annuaire Français de Droit International*, XXXV-1989-Edition du CNR, 1989, París, págs. 1178 y ss.; Werle, Gerhard, “Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109, 1997, págs. 808 y 828.

²⁰ Cfr. Bos, Adriaan, “The International Criminal Court, Recent Developments”, *Reflections on the International Criminal Court, Essays in Honour of Adriaan Bos*, 1999, von Hebel, Hermann A. M./Lammers, Johan G./Schukking, Jolien editores, T.M.C. Asser Press, La Haya, pág. 39; Charney, Jonathan, “Universal International Law”, *The American Journal of International Law* 87, 1993, págs. 529-530. “They are really crimes which are universal in nature.... and transcending the interest of any one State.” TPIY, sentencia de 10 de agosto de 1995 (Tadić, TC), para. 42.

convivencia, y que cada Estado está obligado a castigar,²¹ no es válido esgrimir razones basadas en los asuntos internos de los Estados.²² Con la ratificación del Estatuto de Roma los Estados adquieren un compromiso, en beneficio de su propia población, en cuanto a que estos crímenes internacionales no quedarán impunes y se comprometen a cooperar en su investigación y persecución.

Una manifestación clara de que en el sistema de la Corte Penal Internacional se prefiere que sean los Estados quienes conozcan de los crímenes puede encontrarse en el procedimiento establecido en el artículo 18 ECPI. En él (inciso 1) se dispone que en los casos en que el Fiscal dé inicio a una investigación de motu proprio o por remisión de un Estado parte, debe proceder a dar de noticia a los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el caso. En el mes siguiente a dicha notificación (inciso 2), el Estado puede informar a la Corte que está llevando a cabo una investigación sobre los hechos y solicitar al Fiscal que se inhiba de su competencia, cosa que deberá hacer salvo que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal, autorizar su investigación. Dicha decisión es apelable por el Estado, apelación que, aún en caso de ser denegada, sirve a todo evento de preparación para la impugnación de la admisibilidad de la causa ante la Corte (artículo 19 ECPI).

2. Competencia.

La Corte Penal Internacional tiene una competencia muy limitada. Su competencia material se extiende actualmente sólo sobre tres crímenes (o grupos de crímenes): en primer lugar el genocidio, tipificado en el artículo 6 ECPI, que castiga ciertos actos perpetrados con la intención de destruir total

²¹ Varios instrumentos jurídicos generalmente reconocidos hacen referencia a esta obligación. Entre otros la Convención sobre el Genocidio (artículo 1), los Convenios de Ginebra (artículo 49 del primer Convenio, artículo 59 del segundo Convenio, artículo 129 del tercer Convenio, artículo 146 del cuarto Convenio), la Convención sobre la Tortura (artículo 5), la convención sobre el Apartheid (artículo IV).

²² War crimes, apartheid or genocide committed in one state might threaten international peace and security worldwide” Charney, Jonathan, “Universal International Law”, *The American Journal of International Law*, 87, 1993, págs. 530- 531. Cfr. Triffterer, Otto, “Preliminary Remarks: The permanent International Criminal Court - Ideal and Reality”, *Triffterer, Otto Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, editorial Nomos, Baden-Baden, pág. 32; Werle, Gerhard, “Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 109, 1997, págs. 808-829.

o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal; en segundo lugar, los crímenes de lesa humanidad, tipificados en el artículo 7 ECPI, que castiga ciertas conductas llevadas a cabo como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque; y en tercer lugar, los crímenes de guerra en conflictos armados internacionales y no internacionales tipificados en el artículo 8 ECPI. La competencia de la Corte sobre el crimen de agresión está suspendida hasta que se lo tipifique (artículo 5 ECPI)²³.

En cuanto a la competencia temporal, la Corte Penal Internacional sólo puede perseguir crímenes cometidos después de su entrada en vigor (artículos 11 y 126 ECPI). En el ámbito personal, su competencia sólo se extiende a quienes que al momento de cometer el delito fueran mayores de 18 años (artículo 26 ECPI).

Hasta la conferencia de plenipotenciarios de Roma, el Proyecto de Estatuto contemplaba además competencia sobre otros crímenes que son materia de distintos tratados internacionales (los denominados *treaty crimes*). Finalmente se optó por dejarlos fuera de la competencia de la Corte, ya que en muchos casos su carácter de crímenes de derecho internacional conforme al derecho consuetudinario no estaba del todo claro²⁴.

La competencia de la Corte es entonces el primer límite objetivo a las facultades del Fiscal de la Corte Penal Internacional.

3. Condiciones para el ejercicio de la competencia.

Además de esta restringida competencia, como condición para su ejercicio, el Estado del cual sea nacional el imputado o aquel en cuyo territorio de cometió el crimen deben ser Estados partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 12 ECPI). Estas condiciones constituyen el segundo límite objetivo a las facultades del Fiscal de la Corte Penal Internacional. Si bien este límite no tiene aplicación en los casos en que el

²³ Su tipo penal aún debe ser definido por una modificación del Estatuto (artículos 5, 121 y 123 ECPI). Conforme al artículo 121 inciso 1 ECPI las modificaciones al Estatuto sólo podrán tener lugar a partir del séptimo año de entrada en vigor del tratado – esto es, a partir del 1 de julio de 2009 – y requieren de una mayoría de siete octavos de sus Estados Partes (artículo 121 inciso 4).

²⁴ Cfr. a saber Zimmermann Andreas, “Article 5, crimes within the jurisdiction of the Court”, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, Otto (ed), Nomos, Baden-Baden, págs. 97 y ss. Durante las negociaciones se expresó la voluntad de limitarse a cristalizar el Derecho Penal Internacional preexistente.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas remite una situación ante la Corte, en esos casos el Consejo debe decidir actuando conforme al capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, lo cual conlleva un importante requisito adicional que excluye el eventual proceder arbitrario del Fiscal.

4. El examen de admisibilidad.

Entre los casos de competencia de la Corte y en los que además concurren los requisitos necesarios para el ejercicio de esta competencia ha de tener lugar – a continuación – un examen adicional. Se trata de un examen nuevo en su naturaleza y que es decisivo para comprender el especial carácter del principio de complementariedad. Para cada caso debe tener lugar un así llamado examen de admisibilidad, cuya existencia constituye la mayor diferencia entre el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de la Corte Penal Internacional y los tribunales penales internacionales ad-hoc para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

Este examen de admisibilidad consiste en determinar si el asunto particular de que se trata reúne las condiciones estatutarias para ameritar gestiones por parte de la Corte – caso en el cual se la faculta jurídicamente para actuar – o debe ser dejado a las jurisdicciones nacionales – caso en el cual se inhibe a la Corte de actuar.

Aunque desde el punto de vista político criminal el actuar de la Corte está reservado sólo para casos de excepción, su Estatuto parte presumiendo la admisibilidad de los “asuntos” que deba examinar. En el examen de admisibilidad se trata entonces de determinar en primera instancia cuándo un asunto es inadmisibile. Son causales de inadmisibilidad que el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, que un Estado haya investigado y decidido no perseguir penalmente al imputado, el ne bis in idem y la falta de suficiente gravedad del asunto.

De acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 17 ECPI, en primer lugar ha de determinarse si el asunto de que se trata es lo suficientemente grave como para justificar el actuar de la Corte.²⁵ En caso

²⁵ La determinación de la gravedad de un asunto dista de ser una cuestión pacífica, máxime cuando se trata de distinguir a los más graves entre crímenes gravísimos. Cfr. al respecto Cárdenas Aravena, Claudia, **Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof – Zur Auslegung des Art. 17 IStGH-Statut unter besonderer Berücksichtigung von Amnestien und Wahrheitskommissionen**, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin, 2005, págs. 88 y ss.

afirmativo, se examinará si una de las tres primeras causales de inadmisibilidad se verifica, vale decir, si algún Estado investiga o persigue actualmente o ha investigado o perseguido estos crímenes más graves bajo la jurisdicción de la Corte. De ser así, el siguiente paso consiste en examinar si alguna de las hipótesis de excepción para estas causales de inadmisibilidad, reguladas en el artículo 17 incisos 2 y 3 se verifica igualmente, vale decir, si la investigación o enjuiciamiento ha sido llevada a cabo genuinamente (o como dice la versión española “realmente”). Ejemplos de hipótesis en que la actividad estatal no es “real” son el propósito estatal de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad por los presuntos crímenes o la incapacidad del Estado para enjuiciar propiamente.²⁶ Estas excepciones toman al asunto admisible ante

²⁶ Artículo 17: Cuestiones de admisibilidad

1. 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 por un Estado que tenga 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 un 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 adelantar 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.

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

la Corte Penal Internacional a pesar de la verificación de las causales de inadmisibilidad antes enunciadas. En estos casos, un Estado está actuando o ha actuado respecto de un asunto determinado, existiendo incluso la posibilidad de que haya resuelto el caso con autoridad de cosa juzgada. Sin embargo su actividad no alcanza los estándares mínimos requeridos en el Estatuto. Estos casos de excepción tienen en común que son de una naturaleza tal que de concurrir sus requisitos ya no puede hablarse de un Estado de Derecho en funciones. Es en estos eventos límite en los que la Corte Penal Internacional está facultada para ejercer su jurisdicción complementaria a pesar de la existencia de acción estatal en la materia.

El examen de admisibilidad regulado en el artículo 17 ECPI, al igual que las normas sobre competencia y condiciones para su ejercicio, pone límites a las facultades del Fiscal de la Corte Penal Internacional.

Una característica importante de los criterios que determinan la admisibilidad de un asunto es que se tratan de criterios impugnables²⁷. Esto es una consecuencia de que estos criterios no están configurados por meras estimaciones al arbitrio del Fiscal o el control de oficio por parte de la Corte, sino que los elementos tomados en consideración para decidir deben ser susceptibles de ser controvertidos por terceros y probados ante la Corte (en este sentido, criterios objetivos). El hecho de que estos criterios sean impugnables contribuye a resguardar la soberanía estatal y los derechos al imputado ante la Corte. El examen de admisibilidad es el mecanismo más innovador en la implementación de la jurisdicción complementaria.

Cabe resaltar además, en cuanto a las consecuencias de la declaración de admisibilidad, que mientras un asunto inadmisibile no puede ser investigado por la Corte, la admisibilidad de un asunto no implica que surja para la Corte Penal Internacional un deber de investigar y perseguir el caso determinado.

5. Intereses de la Justicia.

Como quedó expuesto, el hecho de que la Corte decida que tiene la facultad jurídica de proceder en un caso determinado no implica que tenga

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.

²⁷ Así, conforme al artículo 19 ECPI, la admisibilidad de una causa puede ser impugnada por el acusado, por un Estado que está investigando o enjuiciando la causa o lo ha hecho antes y por un Estado que haya aceptado la jurisdicción de la Corte conforme al artículo 12 ECPI.

la obligación de hacerlo. El Fiscal tiene la facultad – necesaria por lo limitado de los recursos disponibles – de establecer políticas conforme a las cuales decide cuáles casos investigar y cuáles no. Tales políticas no pueden, sin embargo, ser arbitrarias. Según el artículo 53 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el Fiscal, luego de evaluar la información de la que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella. El Fiscal puede abstenerse de iniciar la investigación de un asunto admisible si existen razones sustanciales para creer que esta “no redundaría en interés de la justicia”²⁸.

En caso de que sea este el solo fundamento de una decisión de no investigar, el Fiscal debe comunicarlo a la Sala de Cuestiones Preliminares, que está facultada para revisar la decisión de oficio. Esa decisión sólo surte efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares. El mismo procedimiento está previsto si, luego de investigar, se abstiene de enjuiciar a las personas de que se trate basándose sólo en que el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia.

Esta regulación ha sido interpretada como una forma evitar la súbita interrupción de eventuales negociaciones de paz y de dar cabida a procesos nacionales distintos del proceso penal, como Comisiones de Verdad y Reconciliación; o a variantes de éste, como los tribunales Gacaça en Ruanda, sobre todo para autores de bajo rango jerárquico. En todo caso, el Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones.

Teniendo en consideración las atribuciones del Fiscal y su regulación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el peor de los casos podrá criticársele que persigue demasiado poco, pero no cuenta con atribuciones jurídicas para iniciar cazas de brujas con motivaciones políticas. El miedo a que la Corte pueda actuar arbitrariamente o a que un bloque político pueda

²⁸ El Fiscal puede no iniciar una investigación, a pesar de estar jurídicamente facultado para ello, cuando “existen razones sustanciales para creer que, aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. Cfr. el artículo 53 inciso 1 c) y 2 c) ECPI; así como también Arsanjani, Mahnoush H., “Reflections on the Jurisdiction and Trigger-Mechanism of the International Criminal Court”, *Reflections on the International Criminal Court, Essays in Honour of Adriaan Bos*, 1999, von Hebel, Hermann / Lammers, Johan G. / Schukking, Jolien (ed.), T.M.C. Asser Press, La Haya, págs. 57-76, págs. 75 y s.; Broomhall, Bruce, **International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law**, Oxford University Press, Oxford, 2003, pág. 102.

instrumentalizarla para combatir a sus adversarios políticos en cuanto no reconozca la jurisdicción ejercida legítimamente por ellos, para hacerlos caer en descrédito, carece de fundamento.

6. Obligación estatal de cooperar.

Otro aspecto de la complementariedad de la Corte consiste en la necesidad que ésta tiene de contar con la cooperación de los Estados partes y otras organizaciones para investigar debidamente las comunicaciones y remisiones que recibe y reunir las pruebas para probar los cargos en juicio. Es conocida la figura, ideada por Cassese, de representar a la Corte como un gigante, que sin la ayuda de los Estados carece de manos y piernas, es decir, no puede actuar. La Corte carece de policía propia, cuenta sólo con pequeños grupos de investigadores abocados a cada situación, y aún en los casos en que les está permitido actuar directamente sobre el territorio de un Estado, la piedra de tope son las medidas coercitivas, que en todo caso sólo pueden ejecutarse por las autoridades estatales. Por esto, el Estatuto contiene una obligación general de cooperar para los Estados partes (art. 86) y ha negociado y suscrito acuerdos de cooperación con otros Estados y organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales. Estas últimas son especialmente relevantes, pues suelen tener presencia en las zonas de conflicto en las que por naturaleza la Corte realizará su labor.

En particular, el Estatuto obliga a los Estados partes a implementar procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación que especifica (como por ejemplo la solicitud de detención y entrega, identificación e interrogación de personas, notificaciones, protección a víctimas y testigos y preservación de pruebas, etc.).

VI. CONCLUSIÓN.

Luego de las consideraciones anteriores puede llegarse a la conclusión de que el ECPI en ningún caso regula limitaciones nuevas y especialmente gravosas a la jurisdicción penal de los Estados. Los Estados pueden continuar persiguiendo crímenes internacionales y están llamados a ello. Al tomar la decisión de ejercer su jurisdicción, la Corte Penal Internacional no declara la responsabilidad internacional de un Estado, no se trata de una Corte de Derechos Humanos, sino de una Corte Penal. El único efecto que podría ser percibido como “castigo” para ciertos Estados, la determinación de admisibilidad de un asunto, sólo puede tener lugar cuando los Estados, luego de la entrada en vigor del Estatuto, se comporten de modo que

permita eludir la responsabilidad penal internacional por los crímenes más graves de trascendencia internacional. En estos casos, el Fiscal sólo puede abrir un proceso con la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares y la decisión sobre la admisibilidad es impugnabile. Esto no debiera ser motivo de pánico para ningún Estado de Derecho.