

El inicio de una investigación por la Corte Penal Internacional: la superación del test de admisibilidad

Katixa Etxebarria Estankona

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.052>

Sumario: I. La Corte Penal Internacional en la lucha contra la impunidad de los grandes criminales.—II. La jurisdicción de la Corte Penal Internacional: su carácter complementario o subsidiario.—III. La activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.—IV. La búsqueda de elementos razonables para el inicio de una investigación: el filtro de la admisibilidad. IV.1. Cuestiones previas. IV.2. La complementariedad y sus implicaciones. IV.2.1. Las cuestiones de admisibilidad previstas por el art. 17 EstCPI. IV.2.1.1. La valoración de la actividad o inactividad por parte del estado. IV.2.1.2. La falta de disposición del estado para actuar. IV.2.1.3. La falta de capacidad del estado para actuar. IV.2.1.4. El efecto de cosa juzgada. IV.2.1.4.1. Algunas aclaraciones previas. IV.2.1.4.2. El efecto de cosa juzgada y su previsión en el EstCPI. IV.2.5. La suficiencia en la gravedad. IV.3. El interés de la justicia. IV.3.1. La expresión «interés de la justicia» y su relación con el principio de complementariedad. IV.3.2. Su interpretación.—V. A modo de conclusión.

I. La Corte Penal Internacional en la lucha contra la impunidad de los grandes criminales

El pasado 7 de marzo, el segundo fallo condenatorio emitido por la Corte Penal Internacional —en adelante, CPI— contra Germain Katanga fue noticia a nivel internacional: el líder rebelde congolés fue hallado culpable de cuatro cargos por crímenes de guerra y un cargo por crimen de lesa humanidad. A pesar de que la condena abarca únicamente algunos de una larga lista de graves crímenes cometidos en el Este de la república Democrática del Congo en el año 2003, la decisión ha sido aplaudida por la comunidad internacional. No obstante, lo que en un principio puede parecer un éxito, tampoco está exento de críticas. En sus casi 12 años de funcionamiento, indubitadamente, los frutos obtenidos han sido escasos: la primera condena, de Thomas Lubanga Dyilo, —de 14 de marzo de 2012—, tardó casi 10 años en llegar; el segundo fallo —de 18 de diciembre de 2012—, absolvió a Mathieu Ngudjolo Chui, exlíder rebelde congoleño, por no quedar demostrado que ordenara la muerte de, al menos, 200 civiles en la aldea de Bogoro, ubicada al Noreste de la República Democrática del Congo. En este tiempo, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha abierto 8 investigaciones en diferentes lugares del continente Africano, que han dado lugar a 21 casos, de los cuales, 5 se encuentran en fase de primera instancia y 2 pendientes de

apelación. Con todo, debemos admitir que la labor de esta última ha resultado esencial para una institución que aún lucha por demostrar la razón de su existencia.

II. La jurisdicción de la Corte Penal Internacional: su carácter complementario o subsidiario

La CPI constituye el primer Tribunal de la historia de carácter permanente con competencia para juzgar los crímenes más graves o de mayor trascendencia para la comunidad internacional (1). El Preámbulo del Estatuto de la CPI —en adelante, EstCPI—, subraya como objetivos básicos, evitar la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, así como de los autores de los mismos, y contribuir a la prevención de otros nuevos, y garantizar, de este modo, que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica de forma duradera (2). Ahora bien, al mismo tiempo, el texto recuerda a los Estados, que es su deber «ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales» (3), y destaca que la CPI es «complementaria de las jurisdicciones penales nacionales» (4). Un aspecto importante a destacar, por tanto, es que la jurisdicción de la CPI tiene un carácter complementario o subsidiario en relación a las jurisdicciones nacionales (5). Ello implica que los Estados tienen preferencia para juzgar los crímenes competencia de la CPI y, únicamente, cuando éstos no actúen, lo hará, en su lugar, el citado órgano. Son las jurisdicciones de los Estados las competentes para llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento de los crímenes previstos en el EstCPI y, sólo cuando esto no sea posible, se activará la jurisdicción de la CPI.

(1) Casi literal de, HEBEL, Herman V., ROBINSON, Darryl, «Crimes within the jurisdiction of the Court», AAVV (Ed. LEE, ROY S.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya 1999, p. 104.

(2) Preámbulo del EstCPI, pfs. 5.º-12.º.

(3) *Ibid.*, pfo. 7.º.

(4) *Ibid.*, pfo. 11.º.

(5) Entre la ingente bibliografía sobre el tema, destacamos, ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, «La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales. ¿Tiempos de 'Ingeniería Jurisdiccional'?», AAVV (Coo. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 383-434, AMBOS, Kai, «El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2010, BURKE-WHITE, William, «Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice», *Harvard International Law Journal*, vol. 49, n.º 1, 2008, pp. 53-108, FUENTES TORRIJO, Ximena, «El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, n.º 169, 2011, pp. 119-140, GÓMEZ BENÍTEZ, José M., «Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal de los tribunales nacionales», *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 27, n.º 82, 2006, pp. 35-62, HOLMES, John T., «Complementarity: National Courts versus the ICC», AAVV (Ed. CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, John R. W. D.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, Oxford University Press, Oxford 2002, pp. 667-686, HOLMES, JOHN T., «The principle of complementarity», AAVV (Ed. LEE, ROY), *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya 2002, pp. 41-78, KLEFFNER, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute and national criminal jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford 2008 y OLÁSULO ALONSO, Héctor, «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar», *Revista de derecho Penal y Criminología*, n.º 2, 2013, pp. 47-80.

Ahora bien, ¿en qué se concreta la competencia de la CPI? Tal y como dispone el EstCPI, este órgano detenta la competencia para el enjuiciamiento del genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (6), siempre que estos hayan sido cometidos con posterioridad al 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigor del EstCPI (7). Si bien la CPI es competente, en principio, en aquellos casos en que los citados crímenes se hubieran cometido en el territorio de los Estados Parte, también extiende su jurisdicción a aquellos que, aún habiendo sido perpetrados en un Estado no-Parte, su autor sea nacional de un Estado Parte (8), así como para los cometidos en el territorio de cualquier Estado —independientemente de que se trate de un Estado no-Parte—, siempre que la situación objeto de investigación sea remitida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A estos supuestos se añade otro: la CPI también puede extender su competencia a los supuestos en los que el crimen se hubiera cometido en el territorio de un Estado no-Parte, siempre que el mismo haya otorgado expresamente su consentimiento para ese supuesto (9).

(6) Los arts. 5-8 *bis* del Estatuto de la Corte Penal Internacional, establecen y perfilan la competencia material de este órgano jurisdiccional. Realizan un estudio en profundidad sobre la competencia de la CPI, entre otros, BERGSMO, Morten, «El régimen de la competencia de la Corte Penal Internacional (Parte II)», AAVV (Ed. AMBOS, Kai, GUERRERO, Oscar), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1999, pp. 179-211, FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, «Algunas cuestiones relativas a la competencia «ratione materiae» de la Corte Penal Internacional», AAVV (Ed. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid 2006, pp. 521-544, FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, «La competencia de la Corte Penal Internacional: competencia material, personal y temporal y sus condiciones de ejercicio y de control», AAVV (Coor. BACIGALUPO, Silvina, CANCIO MELIÁ, Manuel), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona 2005, pp. 85-115, HEBEL, Herman V., ROBINSON, Darryl, «Crimes within the jurisdiction of the Court», *op. cit.*, pp. 79-126, KRESS, Claus, «The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide», *European Journal of International Law*, vol. 18, n.º 4, 2007, pp. 619-629, LIROLA DELGADO, Isabel, «Reflexiones sobre la competencia material del Estatuto de la Corte Penal Internacional: una visión general», AAVV, *Hacia una justicia internacional. XXI Jornadas de Estudio. 9 a 11 de junio de 1999*, Ministerio de Justicia, Madrid 2000, pp. 655-668, LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Desarrollos previos a la entrada en vigor», *Revista española de derecho internacional*, vol. 53, n.º 1, 2001, pp. 692-697, PÉREZ CEBADERA, María Ángeles, «La organización y competencia de la Corte Penal Internacional», AAVV (Coor. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, CARDONA LLORÉNS, Jorge), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 139-161 y SCHABAS, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge 2004., pp. 21-53.

(7) Así lo prevé el art. 11 EstCPI. La citada norma se complementa con el art. 24 EstCPI, que declara la irretroactividad *ratione personae*, impidiendo que nadie sea declarado penalmente responsable de acuerdo al EstCPI por una conducta anterior a su entrada en vigor.

(8) Es lo que se denomina como competencia automática, que cuenta con la excepción prevista en el art. 124 EstCPI, siguiendo a PÉREZ CEBADERA, María Ángeles, «La organización y competencia de la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 140.

(9) Posibilidad prevista por el art. 12.3 EstCPI. Por tanto, y recapitulando, para que la CPI pueda desplegar su jurisdicción mediante el inicio de la investigación por el Fiscal, será preciso que: (a) el crimen haya sido cometido en el territorio de un Estado Parte, o el sospechoso sea nacional de un Estado Parte (art. 12.2 EstCPI); (b) el crimen se haya cometido en un Estado no parte o el sospechoso sea nacional del mismo, pero exista una aceptación expresa de la competencia de la CPI por parte del Estado (art. 12.2 y 3 EstCPI); (c) el Consejo de Seguridad remita una situación al Fiscal, de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (art. 13 b) EstCPI), sin necesidad de tener en cuenta la nacionalidad o si se trata de un Estado Parte.

III. La activación de la jurisdicción de la corte penal internacional

En el apartado anterior hemos hecho referencia a la competencia de la CPI y su carácter complementario. Ahora la pregunta es: ¿cómo llega a conocer y enjuiciar este órgano los crímenes sometidos a su jurisdicción? ¿Cuál es el mecanismo previsto para que la CPI ejerza su competencia? Trataremos de explicar esta cuestión. El EstCPI articula un sistema de iniciativas o legitimaciones para promover la apertura de una investigación por la CPI o, en otras palabras, el inicio del proceso ante el citado órgano. Cometido el hecho criminal, existe una serie de entes legitimados para presentar la situación ante la CPI. Precisamente, los legitimados para promover la apertura de la investigación son, al mismo tiempo, los que con su solicitud hacen que la CPI se plantee sobre su competencia o no para conocer del asunto (10).

¿Cuál es la razón de este paso previo? La respuesta es sencilla, y atiende a una cuestión que hemos planteado en líneas anteriores: la jurisdicción de la CPI es subsidiaria de la de los Estados. Por tanto, el EstCPI exige que para que se inicie un proceso ante este órgano su jurisdicción se active a través de alguna de las vías indicadas en el art. 13 EstCPI (11): a) por un Estado Parte (art. 13.a) EstCPI); b) por el Consejo de Seguridad (art.13 b) EstCPI); o c) *motu proprio* por el Fiscal (art. 13 c) EstCPI) (12). Consideramos importante matizar que lo que estos últimos pueden activar es una situación (13), pero no un caso concreto (14), la determinación del cuál corresponde a la Fiscalía de la CPI.

Tras esta solicitud comienza un procedimiento que tiene como objeto analizar si la CPI es competente (15), así como la posible admisibilidad del asunto, lo que algunos

(10) OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 100. Este autor considera que los arts. 13, 14, 15, 18 y 53.1, 3 y 4 EstCPI regulan actuaciones «que se diferencian del proceso penal ante la CPI porque tiene un objeto, unas partes y un procedimiento de tramitación propios. Esta serie ordenada de actuaciones constituye (...) proceso de activación de la jurisdicción abstracta de la CPI, que se caracteriza por tener un carácter previo, necesario y autónomo frente al proceso penal propiamente dicho, y que se tramita a través de las modalidades procedimentales que en este trabajo hemos denominado procedimientos de activación a instancia de la Fiscalía, del Consejo de Seguridad y de un Estado Parte». Estos procedimientos se desarrollan a lo largo de las pp. 391-522 de la citada obra.

(11) Entiende GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, «La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional», AAVV (Ed. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, CARDONA LLORÉNS, Jorge), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, op. cit., p. 297, que, a pesar de que el título del art. 13 sea «Ejercicio de la competencia», en realidad, debería llamarse «de la promoción de la investigación», en tanto que las vías planteadas por el precepto son para la presentación de la situación ante la CPI, que deberá admitir o no. Es decir, no es que a través de las vías previstas se esté ejerciendo la competencia, sino que se facilita la presentación de la situación ante la CPI para que decida si procede o no.

(12) El art. 13, es el primero de los tres preceptos que el EstCPI dedica a la activación de la jurisdicción. Los párrafos a) y c) hacen referencia a los arts. 14 y 15 respectivamente, así como al art. 12. Formula un análisis exhaustivo de este precepto, SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford 2010, pp. 293-303.

(13) En la Conferencia de Roma se barajaron dos términos diferentes: *situation* o *matter*, pero finalmente se optó por incluir en el EstCPI el primero de ellos. Lo advertimos en *Discussion Paper, Bureau*, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.53.

(14) Lo remarca, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, «La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional», op. cit., p. 297.

(15) Con, GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS, «La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional», op. cit., p. 296, la CPI, en este momento debe analizar si concurren los presupuestos de jurisdicción y competencia.

denominan proceso de activación(16). Realizados estos apuntes previos, nuestro trabajo pretende esbozar la actuación del Fiscal en relación al denominado test de admisibilidad o examen de admisibilidad, paso previo al inicio de una investigación en el seno de la Corte Penal Internacional. El mismo se concreta en el análisis sobre la concurrencia de los presupuestos de jurisdicción, así como la competencia del mencionado órgano para conocer del asunto.

IV. La búsqueda de elementos razonables para el inicio de una investigación: el filtro de la admisibilidad

IV.1. Cuestiones previas

La remisión de una situación por el Consejo de Seguridad o un Estado Parte, o la recepción de comunicaciones sobre hechos que pueden ser de competencia de la CPI no supone necesariamente que el Fiscal de la CPI, de modo automático, actúe o inicie una investigación. Para que esto ocurra es preciso que la situación pase por un filtro de admisibilidad, basado básicamente en los «fundamentos razonables».

Si se trata de una comunicación(17), para que ésta derive en una investigación *motu proprio* del Fiscal, el EstCPI exige que existan fundamentos razonables para hacerlo. Si nos encontramos ante la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad o un Estado, por el contrario, se trataría de realizar un test a la inversa, es decir, el Fiscal no actuará únicamente en aquellos casos en los que existan fundamentos razonables para no hacerlo(18).

El art. 53 EstCPI determina los criterios a tener en cuenta para decidir si existen o no fundamentos razonables(19). En primer lugar, el Fiscal comprueba si los crímenes denunciados son jurisdicción y competencia de la CPI. Lo cuál implica que se deben

(16) Realiza un estudio detallado sobre el proceso de activación, OLÁSULO, Héctor, *Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, op. cit. y OLÁSULO ALONSO, Héctor, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston 2005.

(17) La Oficina del Fiscal ha adoptado el término «comunicaciones» (*communications*) para hacer referencia a las informaciones recibidas en relación al art. 15 EstCPI, siendo sus principales fuentes particulares y ONGs. desde que la CPI comenzó su andadura en el 2002, en su sede se han recibido varios miles de comunicaciones. Lo atestiguan, entre otros, OTP, *Communications Received by the Office of the Prosecutor of the ICC*, 16 julio 2003; ICC, *Report on the activities of the Court*, ICC-ASP/3/10, pfo. 49; ICC, *Report on the activities of the Court*, ICC-ASP/4/16, pfo. 44; ICC, *Report on the activities of the Court*, ICC-ASP/5/15, pfo. 56. Concretamente, en el período de tiempo comprendido entre el 1 de agosto de 2012 y el 30 de junio de 2013, «la Fiscalía recibió 572 comunicaciones relativas al artículo 15 del Estatuto de Roma, de las que 477 se referían a hechos que rebasaban claramente la competencia de la Corte; 19 no guardaban relación con situaciones actuales y justificaban la realización de un análisis más detallado; 43 tenían vinculación con una situación que ya se estaba analizando; y 33 estaban relacionadas con una investigación o un enjuiciamiento», ICC, Ninth Report of the Court to the UN for 2012/13 (A/68/314), de 13 agosto 2013, p. 15, disponible en español: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/reports%20on%20activities/court%20reports%20and%20statements/Documents/9th-report/N1342656.pdf

(18) En otras palabras, en este último caso, es la ausencia de fundamentos razonables para no actuar lo que hará que comience con la investigación

(19) Mientras el art. 15.3 EtCPI se refiere a «fundamento suficiente», el art. 53.1 lo hace a «fundamento razonable». Esta diferencia de términos únicamente se produce en la versión española, pero no en la inglesa, en la que únicamente se mencionan los *reasonable basis*, ni en la francesa, donde la referencia es a *base raisonnable*. Por lo tanto, haremos referencia únicamente a «fundamento razonable».

cumplir los requisitos *rationae materiae, loci o personae* y *temporis*, es decir, que los hechos queden bajo su competencia material, espacial o personal y temporal.

El segundo criterio atiende al requisito de admisibilidad del art. 17 EstCPI (20). Se trata de la aplicación del principio de complementariedad, el cuál otorga preferencia a las jurisdicciones nacionales; pero también hace referencia a aspectos jurídicos y de conveniencia: la disposición de un Estado a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento y la aplicación de la justicia nacional; el estado del proceso en la jurisdicción nacional y causas por las que no se ha incoado la acción penal; el principio de cosa juzgada y si la decisión de la jurisdicción nacional fue en base a la sustracción de la responsabilidad penal internacional,...

El tercer y último criterio hace referencia a la valoración del *interés de la justicia* (21), teniendo en cuenta la gravedad del crimen y el interés de las víctimas. Consiste en la existencia de 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. En este caso, el Fiscal, a pesar de encontrarse ante un delito competencia de la CPI, puede tomar la decisión de no proceder a la investigación y consiguiente enjuiciamiento; no obstante, éste puede modificar su decisión con posterioridad valorando nuevas circunstancias (art. 53.4 EstCPI). Nos encontramos aquí con una decisión discrecional del Fiscal, manifestación del principio de oportunidad. Pero, ¿cómo debemos interpretar la expresión «en interés de la justicia»? El art. 53.1 c) EstCPI únicamente hace referencia a dos elementos: la gravedad del delito y el interés de las víctimas. Podría entenderse que, en realidad, el Fiscal no inicia la investigación o, en su caso, no enjuicia porque, a pesar del daño cometido a las víctimas, el perseguir el o los crímenes en cuestión no favorecería a la justicia internacional (22), aunque la cuestión no es pacífica. Trataremos de arrojar algo de luz en las páginas que siguen.

IV.2. La complementariedad y sus implicaciones

IV.2.1. LAS CUESTIONES DE ADMISIBILIDAD PREVISTAS POR EL ART. 17 ESTCPI

Como afirmábamos anteriormente, una de las primeras cuestiones que el Fiscal deberá determinar es si los crímenes cometidos en la situación remitida o comunicada corresponden a la competencia de la CPI, es decir, los fijados en los arts. 5-8

(20) Para una visión de las discusiones producidas en la Conferencia de Roma sobre el art. 17 EstCPI, resulta interesante, WILLIAMS, Sharon A., «Article 17. Issues of admissibility», AAVV (Ed. TRIFFTERER, OTTO), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*, Nomos, Baden-baden 2008, pp. 383-394.

(21) Se refieren al interés de la justicia, los arts. 53.1 c) y 53.2 c) EstCPI. El problema que se plantea en torno al concepto de interés de la justicia es que en ocasiones puede conllevar una valoración un tanto discrecional por parte del Fiscal. No obstante, esta decisión, en última instancia, se controla por la SCP.

(22) En este sentido, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El Tribunal Penal Internacional: Investigación y acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 126 y 127. El autor menciona las razones que pueden llevar al Fiscal a tomar esta decisión: que el hecho no merezca sobrecargar de más asuntos a la CPI o la inutilidad de castigar al culpable debido a su estado mental o su elevada edad. En la misma dirección, CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *La Corte Penal internacional*, Dykinson, Madrid 2002, p. 116. Vid., <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/Policy+Paper+on+the+Interests+of+Justice.htm>

EstCPI (el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el crimen de agresión(23)). Además, deberá analizar el resto de criterios de determinación de la competencia citados anteriormente, es decir, si los hechos quedan bajo su competencia material, espacial o personal y temporal. No obstante, en ocasiones, a pesar de tratarse de crímenes competencia de la CPI, ésta no despliega su jurisdicción, en base al criterio de la complementariedad. En otras palabras, no es suficiente que la situación el caso sea competencia de la CPI, sino que, además, habrá de ser admisible. Así pues, el art. 17 EstCPI prevé el denominado test de complementariedad o de admisibilidad(24), estableciendo una serie de situaciones de las que se deriva la falta de jurisdicción de la CPI. De manera que la Corte resolverá la inadmisibilidad cuando: (a) el asunto haya sido investigado o se esté enjuiciando por un Estado con jurisdicción, salvo que no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; (b) el asunto haya sido investigado por un Estado con jurisdicción y haya decidido no incoar acción penal contra la persona, salvo que la decisión adoptada tenga como finalidad no llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; (c) la persona involucrada haya sido enjuiciada con efectos de cosa juzgada de conformidad con el art. 20.3 EstCPI, y (d) el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar que la CPI pueda adoptar otras medidas. El Fiscal no podrá iniciar una investigación en ninguno de los citados supuestos por la sencilla razón de que en ellos la CPI no cuenta con jurisdicción, dado el principio de complementariedad al que se somete la competencia de este Tribunal.

Trataremos de analizar a continuación los criterios que han de ser tenidos en cuenta en orden a la admisibilidad.

IV.2.1.1. La valoración de la actividad o inactividad por parte del Estado

La Fiscalía de la CPI ha abordado el tema relativo a la complementariedad en sus informes dirigidos al Consejo de Seguridad en virtud de la remisión de la situación en Darfur(25). Además, incluso antes de que el primer Fiscal de la CPI, Luis Moreno-Ocampo, asumiera el cargo, la Oficina del Fiscal encargó un estudio de expertos en lo que denominó «complementariedad en la práctica». En él aparecían términos como «colaboración», «diálogo con los Estados» y «distribución de la carga», que abogaban por la conveniencia de una relación pacífica y constructiva entre los sistemas nacionales de justicia y la CPI. Por otra parte, los expertos enfatizaban las for-

(23) En relación al crimen de agresión, recordamos que las condiciones para la entrada en vigor consensuadas en Kampala establecieron que la CPI no podría ejercer su jurisdicción sobre el crimen hasta el 1 de enero de 2017.

(24) AMBOS, KAI, «El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)», *op. cit.*, p. 4. El autor lo define como un proceso en curso y que puede ser renovado varias veces antes de comenzar el juicio. En el mismo sentido, STIGEN, Jo, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions. The principle of complementarity*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston 2008, p. 145. OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 61, considera que el principio de complementariedad «tiene como fundamento un sistema de soberanía compartida entre la Corte y las jurisdicciones nacionales que no es sino una manifestación del fenómeno de jurisdicciones concurrentes».

(25) Nos referimos al informe de la Fiscalía en la situación de Darfur-Sudán, OTP, *Report on the activities performed during the first three years (June 2003-June 2006)*, 12 septiembre 2006.

mas de cooperación y asistencia e hicieron referencia a lo que denominaban como «admisibilidad indiscutible» (26). En relación a este concepto, los expertos autores del citado informe concluyeron que pueden existir situaciones en las que la Oficina del Fiscal y el Estado en cuestión acuerdan una división consensuada de la labor de enjuiciamiento en interés de la justicia, por ejemplo, cuando un Estado devastado por el conflicto sufrido no se encuentra en condiciones de llevar a cabo actuaciones eficaces contra los mayores responsables de los crímenes cometidos. Aluden a escenarios posibles, planteando situaciones en las que la cuestión de la admisibilidad no implica mayor problema, en la medida en que el Estado está dispuesto a reconocer expresamente que no está llevando a cabo una investigación o enjuiciamiento (27). Hacen referencia, incluso, al supuesto de huida del sospechoso de crímenes competencia de la CPI a un tercer Estado; todas las partes interesadas podrían acordar que la CPI, en lo que se refiere a la experiencia en materia de pruebas y testigos, es el foro más efectivo. Si, además, ese tercer Estado no ha iniciado una investigación, simplemente no existiría óbice alguno para la admisibilidad en virtud del art. 17 EstCPI, por lo que simplemente no habría necesidad de considerar que el Estado es reacio o incapaz para llevar a cabo el enjuiciamiento, antes de que pueda cooperar con la CPI mediante la entrega del sospechoso (28). En los casos citados, concluyen los expertos, el declinar el ejercicio de la jurisdicción nacional con el objetivo de facilitar la jurisdicción internacional, no supone un signo de apatía o falta de compromiso por parte del Estado en cuestión (29).

En la situación de Sudán (30), el Fiscal no encontró muestras de que se hubiera iniciado ningún proceso en este Estado, dato que fue confirmado por su propio Gobierno (31). Sin embargo, en este caso, el Fiscal mantenía que el Estado de Sudán no estaba «dispuesto» a llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento. Por lo que res-

(26) Así se detalla en, OTP, *Informal expert paper. The principle of complementarity in practice*, 2003, p. 19. El documento completo se encuentra disponible en: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/organs/otp/complementarity.pdf. De acuerdo con este enfoque, a la hora de determinar si un Estado cumple con su obligación de juzgar, han de valorarse sus motivos, más que sus acciones. El propio Fiscal hizo suya esta filosofía, quedando reflejado en el documento OTP, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, for discussion at the public hearing in The Hague on 17 and 18 June 2003*, 2003, p. 5. En él queda claro que pueden existir casos en los que la inacción de los Estados es precisamente el modo apropiado de actuar, de manera que si, por ejemplo, la CPI y el Estado incapacitado para investigar o enjuiciar están de acuerdo en el reparto de la labor de enjuiciamiento, ésta sería el enfoque más adecuado y efectivo. Además, puede ocurrir que bandos enfrentados por el conflicto se opongan al enjuiciamiento llevado a cabo por el contrario, pero si llegar a un acuerdo para que lo haga una Corte, al ser percibida como un órgano neutral e imparcial.

(27) Lo avala, OTP, *Informal expert paper. The principle of complementarity in practice*, 2003, p. 18.

(28) *Ibid.*, p. 19.

(29) *Ibid.*, pp. 19-20.

(30) La describe, OTP, *Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mr. Luis Moreno Ocampo, to the Security Council pursuant to UNSR 1593 (2005)*, 29 junio 2005, p. 6. En él se muestra el estudio realizado por el Fiscal sobre las instituciones, leyes y procesos sudaneses. El gobierno de Sudán proporcionó información sobre su sistema procesal penal. La situación de Darfur-Sudán fue remitida por el Consejo de Seguridad; de la misma se han derivado cinco casos, tres de ellos en fase de investigación, uno en fase de apelación tras la desestimación de los cargos por la SCP, y el último, a la espera de juicio. Toda la información sobre la situación en Darfur-Sudán y los casos en curso se encuentra accesible en: http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200205/Pages/situation%20icc-0205.aspx

(31) UN Doc. S/PV.5905, p. 2

pecta a las situaciones de la República Democrática del Congo (32) y Uganda (33), en ellas existía una división de la labor de enjuiciamiento entre el sistema de justicia nacional y la CPI. El Fiscal basó el examen de la complementariedad en la «inactividad» del Estado, lo que, en cierta medida, convierte el criterio de la «incapacidad» para actuar en algo secundario; se presume que, evidentemente, aquél Estado que sea «incapaz» para llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento, permanecerá «inactivo». Cuestión diferente sería que un Estado, en principio, intente llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento, pero la CPI considere que el sistema jurisdiccional del mismo no está a la altura. En este caso el término aludido sí cobraría importancia.

Pero, ¿cuándo podemos considerar que un Estado permanece «inactivo»? Para contestar a esta cuestión prestaremos atención a algunas de las decisiones tomadas en los casos actualmente en curso ante la CPI. Concretamente, en el proceso contra Lubanga (34), la Sala de Cuestiones Preliminares —en adelante, SCP— I declaró que para que un caso derivado de una situación se considere admisible, resulta condición *sine qua non* que el procedimiento nacional abarque, tanto la persona objeto de investigación y enjuiciamiento, como la conducta que es objeto del caso ante la CPI. El acusado en cuestión se encontraba custodiado en la República Democrática del Congo a la espera de juicio por los cargos de genocidio y crímenes contra la humanidad. No obstante, la CPI señaló que no hacía frente al cargo por reclutamiento de niños soldado, crimen que, precisamente, era el que había dado lugar a la emisión de la orden de detención (35). En el mismo sentido, en el caso de Ali Kushayb, la CPI mantuvo que, a pesar de que Ali había sido arrestado y estaba bajo investigación en relación con los incidentes en Darfur, la investigación realizada por las autoridades sudanesas no abarcaba la misma conducta objeto de la solicitud del Fiscal ante la CPI (36).

Por tanto, podemos entender que, a pesar de que un Estado actúe, si el crimen o crímenes específicos por los que pretende acusar el Fiscal no están previstos por el sistema de justicia nacional —aún a pesar de que el acusado pueda estar enfrentán-

(32) Sobre la República Democrática del Congo, BURKE-WHITE William, «*Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo*», *Harvard International Law Journal*, vol. 3, n.º 1, 2005, pp. 557-590.

(33) Realiza un análisis profuso, EL ZEIDY, Mohamed M., «The Ugandan government triggers the first test of the complementarity principle: An assessment of the first state's party referral to the ICC», *International Criminal Law Review*, vol. 5, n.º 1, 2005, pp. 83-119.

(34) Perteneciente a la situación de la *República Democrática del Congo* (ICC-01/04), remitida por un Estado Parte, el de *Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), constituye el primer caso en el que se inició un juicio oral ante la CPI, con fecha de 26 de enero de 2009, finalizado por sentencia condenatoria el 12 de julio de 2012. Actualmente se encuentra en fase de apelación. Toda la información sobre la situación en la República Democrática del Congo y los casos en curso se encuentra accesible en: http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200104/Pages/situation%20index.aspx

(35) Así lo expone, ICC, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant Arrest, Article 58, Lubanga* (ICC-01/04-01/06), 24 febrero 2006, pfs. 34-38. En el mismo sentido, ICC, *Decision on the Prosecution Application under Article 58.7 of the Statute*, ICC, *Harun et al.* (ICC-02/05-01/07), 27 abril 2007, pfo. 24; ICC, *Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngujolo Chui Ngujolo* (ICC-01/04/02/07), 6 julio 2007, pfo. 21; ICC, *Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a Warrant of Arrest for Germain Katanga Katanga*, (ICC-01/04-01/07), , 6 julio 2007, pfo. 20.

(36) ICC, *Decision on the Prosecution Application under Article 58.7 of the Statute*, 27 abril 2007 *Kushayb* (ICC-02/05-01/07), pfo. 21; en el mismo sentido, ICC, *Decision on the Prosecution Application under Article 58.7 of the Statute*, *Harun et al.*, (ICC-02/05-01/07), 27 abril 2007, pfo. 21.

dose a otros cargos que también puedan ser considerados como muy graves—, el test de admisibilidad puede resultar positivo.

IV.2.1.2. *La falta de disposición del Estado para actuar*

Los apartados a) y b) del art. 17.1 EstCPI hacen referencia a supuestos en los que debería resolverse a favor de la inadmisibilidad: cuando el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él o, tras haber sido objeto de investigación, éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate. No obstante, en ambos casos, el precepto incluye una salvedad: la falta de disposición del Estado para llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o su incapacidad para hacerlo (art. 17.1 a) Est CPI)(37). El propio art. 17 EstCPI, en su apartado 2, proporciona los criterios o elementos a valorar en orden a determinar la existencia de «disposición» por parte del Estado para llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento. Los mismos se concretan en: (a) que el juicio 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 art. 5 (38); (b) que exista una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona 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 (39).

La Regla 51 RPP(40) prevé que, en la determinación de la falta de voluntad o disposición por parte del Estado, la Corte, al examinar las cuestiones a que se hace referencia el art. 17.2 EstCPI y en el contexto de las circunstancias del caso, podrá tener

(37) Si nos fijamos detenidamente en la literalidad del precepto, vemos que, tanto en el apartado a), como b), se hace referencia a dos situaciones: a que el Estado «no esté dispuesto» o que éste «no pueda realmente hacerlo». En versión inglés: «genuinely». Al realizar la traducción al español ha cambiado el sentido en algún aspecto, aún así, podemos entender que el término realmente parece ser una referencia a las pautas establecidas en el apartado 2 del art. 17 EstCPI, proporcionando elementos de juicio para evaluar si el enjuiciamiento es, de hecho, cierto o real. Se pretende analizar si, realmente, el Estado en cuestión está dispuesto a juzgar al presunto criminal. Por lo que respecta al término «realmente» (*genuinely*) se consideró que podría ser más adecuada que otras alternativas como «efectiva» (*effectively*) o «diligencia» (*diligently*). No obstante, la jurisprudencia de la CPI tampoco ha dado demasiada importancia al término, dado el tratamiento de la inactividad a la que más arriba hemos aludido. Sobre esta cuestión, *vid.* HOLMES, John T., «The principle of complementarity», *op. cit.*, p. 49.

(38) En este sentido, ICC, *Motifs de la decisión orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut)*, Katanga et al. (ICC-01/04-01/07), 16 junio 2009, pfo. 77.

(39) Por otra parte, estos factores se analizan teniendo en cuenta indicadores potenciales, como el número de investigaciones en curso, los medios que tienen a su disposición para poder proceder a la investigación y enjuiciamiento, la adecuación de las acusaciones y responsabilidad habida cuenta de la gravedad del delito y las pruebas; o la suficiencia de estas últimas. Así lo afirma, OTP, *Informal expert paper. The principle of complementarity in practice, Annex 4. List of indicia of unwillingness or inability to genuinely carry out proceedings 2003*, p. 28. En el anexo 7 del mismo documento incluye un listado de jurisprudencia que, a juicio de los expertos puede resultar de interés, aunque, al mismo tiempo, incluye la advertencia de que el criterio de admisibilidad es distinto en relación a las normas de derechos humanos y, por otra parte, que la jurisprudencia existente no es del todo consistente. *Vid. ibid.* Annex 7, pp. 35-37.

(40) Reglas de Procedimiento y Prueba, que desarrollan las previsiones del EstCPI.

en cuenta, entre otros elementos, la información que el Estado ponga en su conocimiento mostrando que sus Tribunales reúnen las normas y estándares internacionales reconocidos para el enjuiciamiento independiente e imparcial de una conducta similar o que el Estado ha confirmado por escrito al Fiscal que el caso se está investigando o ha dado lugar a un enjuiciamiento.

IV.2.1.3. La falta de capacidad del Estado para actuar

A continuación, el art. 17.3 EstCPI, a fin de establecer la posible incapacidad del Estado para llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento, prevé que la Corte examinará(41) si el mismo, 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(42). En el caso de Lubanga, cuando el Fiscal solicitó la orden de arresto a la SCP, ésta declaró que desde que el presidente de la República Democrática del Congo había remitido la situación, su sistema de justicia había mejorado(43). Por ello, no se mostró de acuerdo con el parecer del Fiscal, que entendía que el sistema de justicia de la República Democrática del Congo continuaba siendo «incapaz» en el sentido previsto por los apartados a) y c) del art. 17 EstCPI(44).

Por lo que respecta a la situación en la República Centroafricana(45), el Fiscal justificó la larga demora entre la remisión y su decisión de iniciar una investigación por la incertidumbre acerca de si el Estado en cuestión era capaz de llevar a cabo la investigación y el correspondiente procesamiento. Declaró que la *Cour de Cassation*, el más

(41) En el informe de expertos también se hace referencia a algunos factores que pueden resultar indicadores de la falta de capacidad, entre otros, falta del personal necesario, como jueces, investigadores y Fiscales; incluso falta de infraestructura judicial, o circunstancias como la concesión de amnistías o inmunidades. OTP, *Informal expert paper. The principle of complementarity in practice, Annex 7, «List of indicia of unwillingness or inability to genuinely carry out proceedings, op. cit., p. 38.*

(42) Fue, precisamente, este criterio el tenido en cuenta en el caso *Lubanga* para la emisión de la orden de arresto en febrero de 2006. Puede consultarse también, en relación a esta cuestión, lo declarado por Joseph Kabila, presidente de la República Democrática del Congo, en la situación de la *República Democrática del Congo*, ICC-01/04-01/06-32-AnexA1, 21 marzo 2004, que hacía clara referencia a la situación prevista por el art. 17.3 EstCPI. En este sentido, OTP, *Third Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, de 14 junio 2006, p. 9; OTP, *Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, de 14 diciembre 2006, p. 7; y OTP, *Fifth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, de 7 junio 2007, p. 7.

(43) Concretamente, el *Tribunal de Grande Instance*, había vuelto a operar en la Región de Ituri.

(44) ICC, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-8), 10 febrero 2006, pfo. 36.

(45) La situación de la *República Centroafricana* (ICC-01/05), remitida por su propio Gobierno, ha derivado en los procesos seguidos contra *Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08), que se enfrenta a dos cargos de lesa humanidad (violación y homicidio) y tres cargos de crímenes de guerra (violación, homicidio y saqueo), y contra *Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido* (ICC-01/05-01/13), aún en fase de investigación.

Toda la información sobre la situación en la República Centroafricana y los casos en curso se encuentra accesible: http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200105/Pages/situation%20icc-0105.aspx

alto Tribunal del Estado, había confirmado que el sistema judicial nacional era «inca-paz» para llevar adelante los procedimientos necesarios para la correspondiente investigación y enjuiciamiento de los presuntos crímenes cometidos, siendo esta cuestión vital para proceder y, por tanto, para la decisión de admisibilidad(46).

En la Situación de Darfur, el Fiscal explicó que se había establecido un Tribunal especial para Darfur, así como para Geneina y Nyala, pero declaró que estos Tribunales eran relativamente inaccesibles, sufrían de escasez de recursos, y que, además, aparecían cuestiones como la falta de experiencia o de seguridad. Por ello, entendía que, a pesar de los esfuerzos, no se daban las circunstancias para que el caso fuera inadmisibile(47). Admitió la existencia de los mecanismos tradicionales de reconciliación, pero matizando que éstos no constituyen un proceso penal, a los efectos de evaluar la admisibilidad de los casos ante la CPI(48). Además, no contaba con un sistema efectivo de protección para víctimas y testigos, lo que repercutía de manera negativa en la efectividad de las investigaciones(49).

IV.2.1.4. El efecto de cosa juzgada y su previsión en el EstCPI

Otro de los criterios, a efectos de la admisibilidad, que el Fiscal ha de tener en cuenta es el efecto de cosa juzgada. Antes de entrar en el análisis de esta institución en el EstCPI y su consideración por el Fiscal, es preciso realizar unas breves notas que nos ayuden a entender el significado y alcance de este instituto, limitándolo al proceso penal.

IV.2.1.4.1. Algunas aclaraciones previas

La finalidad de la institución de la cosa juzgada apunta al principio de seguridad jurídica, que exige que el estado de incertidumbre en el que se encuentran, en el pro-

(46) ICC, *Prosecution's Report Pursuant to Pre-Trial Chamber II's, Situación en la República Centroafricana* (ICC-01/05), 30 noviembre 2006; «Prosecutor opens investigation in the Central African Republic», ICC-OTP-PR-20070522-220_EN, 22 mayo 2007.

(47) Sí es cierto que, en ocasiones, se ha sugerido que los esfuerzos no judiciales de rendición de cuentas que puedan llegar a estar a la altura de la persecución penal, como un proceso de comisión de verdad y reconciliación, podrían responder de manera adecuada a la exigencia de la complementariedad. El propio Fiscal reconoció la importancia de este tipo de vías alternativas para la rendición de cuentas, suponiendo ello que pueden ser relevantes para el ejercicio de su facultad discrecional para iniciar un procedimiento, pero sin que, sin embargo, puedan plantear obstáculo para la admisibilidad. En este sentido, KAUFMAN, Zachary D., «*Justice in Jeopardy: Accountability for the Darfur Atrocities*», *Criminal Law Forum*, vol. 16, n.º 4, 2006, p. 349; STAHN, CARSTEN, «Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: Some interpretative guidelines for the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, p. 695. También, sobre el mismo tema, AMBOS, Kai, «The legal Framework of Transicional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC», AAVV (Ed. AMBOS, Kai, LARGE, Judith, MARIEKE, Wierde), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Springer, Berlin 2009, pp. 19-104 y SCHABAS, William, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 347.

(48) Aunque reconoce que son una parte importante de la trama de la reconciliación para Darfur, como se reconoce en la resolución 1593 (2005). Vid., CS, *Resolution 1593 (2005) adopted by the UN Security Council at its 5158th meeting* (S/RES/1593 (2005)), pfo. 5.

(49) OTP, *Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mr Luis Moreno Ocampo to the Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, de 13 diciembre 2005, p. 6.

ceso penal, el acusador, que desconoce si su acusación será estimada, y el acusado, a la espera de su destino final(50), se despeje en un momento determinado; y ello se obtiene, precisamente, con la firmeza de la resolución final. La cosa juzgada implica que la resolución que pone fin al proceso y el proceso mismo se conviertan en irrevocables y dota de una impronta especial frente a cualquier otro proceso presente o futuro(51). Implica esto que la sentencia que se dicte en el proceso penal —sea condenatoria o absolutoria(52)—, impide que se pueda volver a juzgar en otro proceso a la misma persona por los mismos hechos.

Con respecto a la cosa juzgada, distinguimos entre su aspecto formal o firmeza y su aspecto material. Por lo que respecta a la cosa juzgada formal o firmeza(53), ésta supone la preclusión de los medios de impugnación; la material, por su parte, hace referencia a la vinculación que produce en otro proceso penal la resolución de fondo firme(54). En el ámbito penal únicamente las sentencias de fondo firmes —absolutorias o condenatorias— y los autos de sobreseimiento libre(55) tienen como efecto fundamental la prohibición de los jueces de volver a juzgar de nuevo a la misma persona por los mismos hechos(56). La cosa juzgada material impide que existan dos sentencias o dos procesos con el mismo objeto, es decir, misma persona y mismos hechos. Constituye lo que conocemos como principio de *ne bis in idem*(57). Se trata de un principio que ha alcanzado la consideración de derecho fundamental y ha sido recogido por diferentes textos internacionales, así, en el art. 14.7 PIDCP de 1966, en el art. 4.1 del Protocolo n.º 7 del CEDH de 1984, el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Shengen, además del art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007.

(50) Si pensamos en delitos de la gravedad a la que nos enfrentamos en el CPI, ese destino es, evidentemente, la prisión por un largo periodo de tiempo.

(51) Correctamente, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, «Los efectos del proceso», AAVV, *Derecho jurisdiccional III: Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 424. Sobre la cosa juzgada, *vid.* también, OLIVA SANTOS, Andrés DE LA, *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, MEDINA CEPERO, Juan R., «La regulación de la cosa juzgada en el proceso penal», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 5, 2000, pp. 625-660 y TRECHSEL, Stefan, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005, pp. 381-402.

(52) Nos vamos a referir aquí únicamente a las resoluciones judiciales de fondo.

(53) Considerada por GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, «Los efectos del proceso», *op. cit.*, p. 424., como denominación más acertada.

(54) *Ibid.*, p. 425.

(55) En el ordenamiento jurídico español, en base a los motivos previstos en el art. 637. LECrim, o por estimación de artículo de previo pronunciamiento en los casos del art. 675 LECrim.

(56) Los límites subjetivos son la persona que aparece en la sentencia o auto de sobreseimiento y los objetivos, los hechos descritos.

(57) El EstCPI, en su art. 20, regula el instituto de la cosa juzgada, aunque en su versión inglesa tiene por título «*ne bis in idem*». De hecho, los autores vienen a utilizar indistintamente los términos *cosa juzgada* y *ne bis in idem*. Por ejemplo, RUIZ COLOMÉ, María A., CUERDA RIEZU, Antonio R., «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 1, 1999, p. 1718. También en este sentido, y en relación al art. 20 EstCPI, TALLGREN, Immi, «Article 20. Ne bis in idem», AAVV (Ed. Otto TRIFFTERER), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*, Nomos, Baden-Baden 2008, p. 420. Algunos autores entienden la *cosa juzgada* como expresión del principio de *ne bis in idem*. Así, VIVES ANTÓN, Tomás S., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, p. 355.

IV.2.1.4.2. El efecto de cosa juzgada y su previsión en el EstCPI

Realizada esta precisión conceptual, volvamos a las previsiones del EstCPI sobre la cosa juzgada. Prevé el art. 17.1 c) EstCPI que será causa de inadmisibilidad el hecho de que la persona en cuestión haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia recibida por la Fiscalía, y la CPI no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 20 (58). La norma se limita a remarcar algo que ya está previsto por el último precepto citado, prohibiendo que una persona que ya haya sido juzgada, vuelva a serlo, nuevamente, por los mismos hechos, aunque se tratara de un Tribunal distinto, en este caso, la CPI. Por tanto, debemos acudir al art. 20 (59) EstCPI, que es el que, en definitiva, nos ayuda a comprender los supuestos en los que la cosa juzgada sería causa de inadmisión del caso (60).

El citado precepto distingue dos supuestos (61): el primero, aquél en el que una persona ha sido juzgada por la CPI, independientemente de que la sentencia haya sido condenatoria o absolutoria (62); el segundo, aquél en el que una persona ha sido procesada por otro Tribunal. En el primer supuesto, el texto del artículo no deja lugar a dudas: si la CPI ha absuelto o condenado a una persona, por alguno de los crímenes del art. 5 EstCPI, no podrá volver a ser procesada, ni por la propia CPI, ni por otro Tribunal. En este caso, el efecto que despliega la cosa juzgada tiene plena vigencia.

En el segundo supuesto, es decir, si la persona ya ha sido juzgada por otro Tribunal que no sea la CPI, también juega el principio de cosa juzgada, pero despliega sus efectos, no de modo absoluto, sino con alguna excepción: la CPI no procesará a nadie que lo haya sido anteriormente por otro Tribunal en razón de hechos, también prohibidos, en virtud de los arts. 6, 7, 8 y 8 bis, a menos que ese enjuiciamiento: obedeciera

(58) Art. 20.3 EstCPI: «La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro Tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 y 8 bis a menos que el proceso en el otro Tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia».

(59) Realiza un profundo análisis de este precepto, TALLGREN, IMMI, «Article 20. Ne bis in idem», *op. cit.*, pp. 419-434.

(60) Ya desde un inicio, en las negociaciones en el Comité Preparatorio, se entendió que el *ne bis in idem* debía constituir una causa de inadmisibilidad, por lo que estaría relacionada a las cuestiones de competencia de la CPI. A pesar de que las causas de inadmisibilidad se recogen en los arts. 18-19 EstCPI, a continuación va el 20 y su previsión sobre este instituto. En relación a esta cuestión, *vid.* SADAT, Leila N., *The International Criminal Court and the transformation of international law: justice for the new millennium*, Transnational Publishers, Ardsley NY 2002, p. 188, que explica que esta fue la razón de que esta previsión se incluyera en la Segunda Parte del EstCPI, que recoge las normas relativas a competencia, admisibilidad y derecho aplicable.

(61) Puede sostenerse que el EstCPI ha acogido una concepción de la cosa juzgada procedente del Derecho Penal estadounidense, que se corresponde con la prohibición de *double jeopardy* o derecho a no ser sometido dos veces a un proceso por los mismos delitos. No obstante, aunque puede considerarse una proximidad entre el *ne bis in idem* del derecho continental y el *double jeopardy* del *common law*, no puede admitirse una total identificación entre ambos institutos. Así lo entienden, GÓRRIZ ROYO, Elena, GONZÁLEZ CUSSAC, José L., «'Ne bis in idem' y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», AAVV, (Ed. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, CARDONA LLORENS, Jorge), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinario)*, *op. cit.*, pp. 227-230. Para ahondar más en el instituto del *double jeopardy* y entender sus diferencias en relación al *ne bis in idem*, *vid.* SADAT, LEILA N., *The International Criminal Court and the transformation of international law: justice for the new millennium*, *op. cit.*, p. 187.

(62) Art. 20.1 y 2 EstCPI.

al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (63). Por tanto, a *sensu contrario*, debemos entender que existe la posibilidad de que el Fiscal abra una nueva investigación y acuse a una persona que ya lo ha sido anteriormente por los mismos hechos. Nos llama la atención que el precepto haga referencia únicamente al «procesamiento», sin precisar que deba existir sentencia absoluta o condenatoria. Ello nos hace entender, por tanto, que podría tratarse de juicios incluso pendientes. Las excepciones que acabamos de comentar, y que darían lugar a la posibilidad de un doble enjuiciamiento por la jurisdicción nacional y por la CPI, pueden interpretarse como una expresión del principio de complementariedad entre las jurisdicciones estatales y la de la CPI (64). Si dándose alguna de las dos excepciones, el proceso ante la CPI se lleva adelante, el EstCPI no prevé expresamente la obligatoriedad de deducción de la condena ya cumplida, simplemente incluye la «posibilidad» (65) de que se tenga en cuenta cualquier otro periodo de detención cumplido en relación con la conducta (66).

Resulta destacable que el EstCPI no prevé como causa de inadmisibilidad la amnistía, (67) ni tampoco hace referencia alguna a las denominadas comisiones de la verdad (68), si bien es cierto que algunas ONG fueron partidarias de que fueran previstas (69). No es de extrañar que se hubiera evitado la inclusión de este tipo de cuestiones, habida cuenta de lo delicado del tema (70), en cuanto entramos en un plano en el que convergen dos frentes: por una parte, el interés en perseguir a los criminales y

(63) Lo consideran un proceso en fraude de ley, RUIZ COLOMÉ, María A., CUERDA RIEZU, Antonio R., «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», *op. cit.*, p. 1718.

(64) Nos avalan, GÓRRIZ ROYO, Elena, GONZÁLEZ CUSSAC, José L., «Ne bis in idem» y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 23.

(65) Dice literalmente el último inciso del art. 78.2 EstCPI: «La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito».

(66) Hecho criticado por VAN DEN WYNGAERT, Ongena, T., «Ne bis in idem Principle, including the issue of amnesty», AAVV (Ed. CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, John R. W. D.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, *op. cit.*, p. 726.

(67) Su adopción fue desechada antes del inicio de la Conferencia de Roma. *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Vol. I, pp. 40 y ss.

(68) Sobre la amnistía y formas alternativas de justicia, entre otros, destacamos, STAHN, Carsten, «Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: Some interpretative guidelines for the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, pp. 695-720, STAHN, Carsten, KLEFFNER, Jann K., *Jus post bellum: towards a law of transition from conflict to peace*, T.M.C. Asser, The Hague 2008 y OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, *op. cit.*, pp. 73-92.

(69) Dado que el EstCPI no contiene previsión alguna en esta materia, la propia CPI es quien tiene que pronunciarse sobre su reconocimiento en los posibles procesos de verdad y reconciliación. Analiza la cuestión, DUGARD, John, «Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions», AAVV (Ed. CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, John R. W. D.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, *op. cit.*, pp. 699-700.

(70) Tema delicado de difícil solución, teniendo en cuenta las diferentes situaciones en las que la amnistía puede ser concedida. A ello se refieren VAN DEN WYNGAERT, ONGENA, T., «Ne bis in idem Principle, including the issue of amnesty», *op. cit.*, p. 726.

hacer justicia y, en el otro, la política y la necesidad de poner punto y final a un conflicto (71).

A pesar de que existe una obligación por parte de los Estados para la persecución de los crímenes de genocidio, violaciones graves de los Convenios de Ginebra, así como los casos de tortura (72), en la práctica nos encontramos con ejemplos en los que se han concedido amnistías por crímenes internacionales (73). Incluso, hay autores que entienden que el EstCPI es lo suficientemente flexible como para que, en un futuro, se pudiera reconocer la amnistía (74). Por ello, resulta crucial la labor de la Fiscalía en analizar caso por caso, teniendo siempre en cuenta dos ejes que no ha de perder de vista: los intereses de las víctimas y la gravedad de los delitos. Y es que los panoramas ante los que el Fiscal de la CPI puede encontrarse son variados (75): desde el supuesto en que la concesión de amnistía es otorgada por los autores a sí mismos hasta aquellos en los que se otorga tras una investigación realizada por órganos no jurisdiccionales, cuasi jurisdiccionales, o incluso jurisdiccionales (76).

IV.2.1.5. La suficiencia en la gravedad de los crímenes a investigar

Por último, el asunto también puede ser reputado inadmisibile porque éste no sea de «gravedad suficiente» para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. En este contexto, el Fiscal cuenta con facultades para decidir no seguir adelante con una situación o un caso (77) basándose en que éste no reviste la suficiente gravedad (78).

(71) Con, CAMERON, Iain, «Jurisdiction and admissibility issues under de ICC Statute», AAVV (Ed. MAC GOLDRICK, DOMINIC, ROWE, PETER, DONNELLY, ERIC), *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*, Hart Publishing, Oxford and Portland 2004, p. 89.

(72) Art. 4 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948; art. 49 del Convenio I, art. 50 del Convenio II, art. 129 del Convenio III y art. 146 del Convenio IV de Ginebra de 12 de julio de 1949.

(73) Da fe de ello, DUGARD, John, «Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions», *op. cit.*, p. 699.

(74) Así lo entiende, *ibid.*, p. 701.

(75) Sobre esta cuestión, BERGSMO, MORTEN, KRUGER, PIETER, «Article 53», *Comentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' notes article by article*, Nomos, Munich 2008., pp. 700-714, y ROBINSON, DARRYL, «Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court», *European journal of international law*, vol. 14, n.º 3, 2003, pp. 481-505.

(76) STAHN, Carsten, «Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: Some interpretative guidelines for the International Criminal Court», *op. cit.*, pp. 695-720, plantea un listado de pautas o directrices para la admisión de amnistías e indultos, no obstante, advirtiendo que únicamente podría permitirse en situaciones muy excepcionales y sobre todo, si van unidas a otros métodos de justicia alternativa.

(77) La gravedad es tenida en cuenta en dos momentos del proceso: en un primer estadio, respecto del inicio de la investigación de una situación, y posteriormente, en relación al caso o los casos derivados de la misma, AMBOS, Kai, «El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)», *op. cit.*, p. 10. Queda avalado por la decisión tomada en el caso Abu Garda, *Decision on the Confirmation of Charges, Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda* (ICC-02/05-02/09), de 8 febrero 2010, pfo. 30; *vid. también* EL ZEIDY, Mohamed M., «The Gravity Threshold under the Statute of the International Criminal Court», *Forum Criminal Law Forum*, vol. 19, n.º 1, 2008, p. 38-40.

(78) Nos encontramos con el caso de Iraq, en el que el Fiscal interpretó que el número de víctimas era inferior en relación al valorado en otras situaciones que ya habían sido sometidas a investigación. Se advierte en, OTP, *Response to communications received concerning Irak*, de 9 febrero 2006, p. 9. No obstante, el 13 de mayo de 2014, la Fiscal de la CPI, la Sra. Fatou Bensouda, anunció su decisión de reabrir el examen preliminar de la situación en Iraq, tras la recepción de nuevas informaciones en la Oficina del Fiscal, en enero de 2014. Las comunicaciones recibidas

La Oficina del Fiscal ha denominado a esta regla de valoración de la gravedad de los crímenes como el *umbral de gravedad*(79), parámetro que deberá superarse para que el caso sea admisible ante la CPI. Los criterios a analizar por el Fiscal, a efectos de determinar si se supera el umbral de gravedad y, por tanto, la causa es admisible, son los siguientes: en primer lugar, es preciso que en la situación concreta se hayan llevado a cabo violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Concretamente, en la situación de Venezuela, remitida por diferentes comunicaciones, el Fiscal consideró, en relación a los crímenes contra la humanidad, que no existía un fundamento razonable para entender que se trataba de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil(80); en segundo lugar, que se trate de personas que ostentan un alto cargo de liderazgo; y, por último, para ello se considerará el papel desempeñado por la misma en el grupo que cometió la violación masiva y sistemática, así como el papel de las entidades estatales, organizaciones o grupos armados en el contexto de la comisión de los crímenes. Cumplido positivamente el test en relación a estas tres cuestiones, el resultado será la admisibilidad.

En el caso Lubanga, la SCP I sostuvo que, debido a que todos los crímenes competencia de la CPI eran, en principio, graves, habría una dimensión de gravedad adicional que ha de ser evaluada al realizar el test de admisibilidad, por ello, a juicio de este órgano, se requiere que la conducta sea sistemática o en gran escala, y provocar lo que se denomina «alarma social»(81). Sin embargo, la Sala de Apelaciones —en adelante, SA—, entendió que tal requisito diluía la distinción entre los requisitos jurisdiccionales para los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; a diferencia de lo mantenido por la SCP, consideró que el criterio de alarma social depende más de las reacciones subjetivas y contingentes a los crímenes, que de la gravedad objetiva. En su resolución, este mismo órgano añade, haciendo referencia a los arts. 1-5 del Preámbulo del EstCPI, que los crímenes competencia de la CPI, son los más graves de trascendencia para la comunidad internacional, por lo que el criterio subjetivo de alarma social, por lo tanto, no es una consideración apropiada para la determinación de la admisibilidad de una causa(82).

Por otro lado, la SCP I también aludió al efecto disuasorio de la CPI y su maximización, entendiendo que ésta sólo puede conseguirse si sus investigaciones y enjuiciamientos se centran en los perpetradores de más alto rango, aquéllos que se encuentran en lo alto de la jerarquía(83). A ello respondió la SA, declarando que esta idea era cuestionable en tanto que es difícil entender cómo el efecto disuasorio podría ser

apuntan a la responsabilidad de los funcionarios del Reino Unido por crímenes de guerra relacionados con el abuso sistemático de detenidos en Irak desde 2003 hasta 2008. El examen preliminar analizará, en particular, los supuestos delitos atribuidos a las fuerzas armadas del Reino Unido desplegadas en este territorio entre 2003 y 2008.

(79) OTP, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, septiembre 2003, p. 7.

(80) OTP, *Response to communications received concerning Venezuela*, 2 febrero 2006, p. 4.

(81) ICC, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-810), febrero 2006, pfs. 42-64.

(82) ICC, *Judgement on the Prosecutor's Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled «Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58», Situación de la República Democrática del Congo* (ICC-01/04), 13 julio 2006, pfs. 70-72.

(83) En el caso ICC, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-8), 10 febrero 2006, pfs. 54-55.

más alto, si quienes perpetran los crímenes, por no ser líderes, no podían ser llevados ante la Corte (84). A su juicio, precisamente la exclusión predecible, por no tratarse de personas de alto rango, podría perjudicar gravemente el papel preventivo o disuasorio de la CPI, que es una de las piedras angulares de su creación. Podría llegar a convertirse en un anuncio de que aquellos autores que no cuenten con un alto rango o mando quedan excluidos automáticamente del ejercicio de la jurisdicción de la corte (85). El problema con esta decisión por parte de la SA, revocando la dictada por la SCP I, es que dejó abierta la cuestión relativa a cómo interpretar lo previsto por el art. 17.1 c). Tanto es así, que en posteriores resoluciones de las diferentes Salas han designado a esta cuestión como *obiter dictum*, lo que, de alguna forma resta autoridad o carácter vinculante a lo decidido por la SA (86).

La Fiscalía, por su parte, ha declarado que la gravedad de una situación depende de la magnitud, naturaleza, la modalidad de la ejecución de los crímenes y el impacto de los mismos (87).

IV.3. El interés de la justicia

IV.3.1. LA EXPRESIÓN «INTERÉS DE LA JUSTICIA» Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

El concepto de «interés de la justicia» resulta fundamental para poder explicar las facultades del Fiscal en relación a la selección de situaciones a investigar y los casos a perseguir por la CPI (88). Sin embargo, esta noción de «interés de la justicia» está íntimamente relacionada con el principio de complementariedad (89), que rige la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales (90), de manera que el EstCPI, a través de este órgano de carácter internacional no pretende sustituirlas, sino que, a través de su competencia material, personal y temporal perfectamente delimitada, consigue complementar a aquéllas, actuando en los casos en que no se haya procedido a la investigación o persecución.

(84) ICC, *Judgement on the Prosecutor's Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled «Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58»*, Situación de la República Democrática del Congo (ICC-01/04), 13 julio 2006, pfs. 73-74. No obstante, en la misma decisión, el Juez Pikis, de la SA, realizó una interpretación del criterio de «gravedad suficiente». ICC, *Separate and partly dissenting opinion of judge Georgios M. Pikis*, Situación de la República Democrática del Congo (ICC-01/04), 13 julio 2006, pfo. 40.

(85) *Ibid.*, pfo. 81

(86) Entre otras, ICC, *Decision on application under Rule 103.4*, febrero 2009, Situación en Darfur, pfo. 25; ICC, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *Prosecutor v. Bashir* (ICC-02/05-01/09), 4 marzo 2009, pfs. 48.

(87) OTP, *Report on the activities performed during the first three years (june 2001-june 2006)*, 12 septiembre 2006, p. 6.

(88) ROBINSON, Darryl, «Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court», *op. cit.*, p. 482

(89) Lo ratifica, *ibid.*, p. 498.

(90) A esta relación se refiere CÁRDENAS ARAVENA, Claudia M., «Revisión crítica del criterio «interés de la justicia» como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional», *Revista de derecho*, n.º 1, 2011, pp. 21-47.

Ello indica que, a pesar de que se trate de un caso, que no ha sido investigado o perseguido por las jurisdicciones nacionales y es competencia de la CPI y de que, además, cumple con el criterio de admisibilidad, el Fiscal podrá decidir que no existe fundamento razonable para iniciar una investigación o presentar acusación. Si así es, la SCP será informada y podrá examinar el asunto ante la solicitud de quienes hubieren remitido la situación y pedir al Fiscal que reconsidere su decisión. Si el Fiscal fundamenta su decisión de no iniciar la investigación o no perseguir únicamente en que ello no redundaría en interés de la justicia, la SCP podrá revisar tal decisión. Si la decisión del Fiscal resulta revisable por la SCP (91), significa que el éste no puede adoptarla de modo arbitrario, sino que deberá ajustarse a una serie de criterios también razonables (92). La conclusión es sencilla: en estos casos en los que el Fiscal decide no investigar en «interés de la justicia», la investigación o enjuiciamiento queda en manos de los Estados, luego, la forma de interpretar esta noción, afecta directamente al modo de complementar la jurisdicción de la CPI (93).

Sin embargo, nos encontramos con diferentes previsiones en relación a la expresión «interés de la justicia». Mas, es preciso señalar que estas disposiciones son de aplicación excepcional; es decir, el Fiscal no tiene que fundamentar que concurre el interés de la justicia cada vez que decide proceder a una investigación o enjuiciamiento, porque se sobreentiende que dicho interés concurre (94). Pero sí deberá argumentar aquellos casos en los que decide no actuar, bien investigando o persiguiendo los hechos, teniendo en cuenta que la investigación o enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia (95).

En primer lugar, tenemos el art. 53.1 c) EstCPI. Nos encontramos ante la decisión que el Fiscal debe tomar en relación a una situación: el inicio o no de una investigación. En atención al mismo, el Fiscal, a pesar de haber realizado previamente un examen de la gravedad de los hechos, vuelve a considerarla, junto a los intereses de las víctimas. Estos intereses de las víctimas, precisamente, serán: su reconocimiento como tales víctimas; la garantía de que no vuelvan a sufrir riesgos y que se obtenga la correspondiente reparación (96). El precepto deja absolutamente fuera de toda duda que el criterio de la gravedad y los intereses de las víctimas determinan normalmente el inicio de una investigación en relación a una situación. Fijémosnos en la citada disposición, cuyo tenor literal es «...aún teniendo en cuenta la gra-

(91) Critica este mecanismo de revisión, STIGEN, Jo, «The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions. The principle of complementarity», *op. cit.*, pp. 118 y ss.

(92) Casi literal, BERGSMO, Morten, KRUGER, Pieter, «Article 53», *op. cit.*, p. 705.

(93) Ahonda en la cuestión de la complementariedad (art. 17 EstCPI), AMBOS, Kai, «El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)», *op. cit.*, pp. 1-47.

(94) Aunque existe alguna opinión contraria. Por todos, WEBB, Philippa, «The ICC Prosecutor's discretion not to prosecute in the 'interests of justice'», *Criminal Law Quarterly*, vol. 50, 2005, p. 319.

(95) Lo expone, OTP, *Policy Paper on the interests of justice*, pp. 1-3, confirmándose por la misma Fiscalía.

(96) Tal y como establece el tenor literal del precepto, la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas son criterios autónomos y distintos. En contrario, CAMERON, Ian, «Jurisdiction and admissibility issues under de ICC Statute», *op. cit.*, p. 84, que entiende que los derechos de las víctimas como elementos a tener en cuenta en relación a la determinación de la gravedad.

vedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia» (97).

No obstante, es preciso señalar que la previsión del art. 53.1 c) EstCPI es únicamente una facultad del Fiscal, no una obligación, y sometida además, al control por la SCP (98), evitando así un posible uso indiscriminado. El Fiscal, si decide hacer uso de esta facultad deberá poner a un lado de la balanza la gravedad del crimen y al otro, el interés de la justicia. La investigación se iniciará únicamente si la gravedad y los intereses de las víctimas tienen un mayor peso. Sólo en el caso contrario el Fiscal podría decidir no iniciar la investigación. En este último supuesto, el Fiscal debería apreciar la existencia de «razones sustanciales», es decir, una base fáctica consistente.

La siguiente previsión en relación al interés de la justicia es la contenida en el art. 53.2 c) EstCPI. Según éste, tras una investigación, el Fiscal puede decidir no proceder al enjuiciamiento, si considera que el mismo «no redundaría en interés de la justicia». En este caso, el Fiscal previamente ha tenido que valorar los elementos presentes en las letras a) y b), es decir, si hay o no «base suficiente de hecho o de derecho» para pedir una orden de detención o comparecencia, y si la causa es o no admisible. Pues bien, como en el caso anterior, en este momento, también, tras haber llevado a cabo una investigación y estando identificado el caso concreto, y a pesar de proceder una orden de detención o comparecencia y cumplirse el criterio de la admisibilidad, el Fiscal puede decidir no proceder al enjuiciamiento cuando considera que el mismo no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta «todas las circunstancias, entre ellas —dice el precepto—, la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen». A diferencia del supuesto anterior, en éste, los criterios son más amplios, dando a entender este último inciso, que sería posible decidir no proceder en situaciones en las que la persona no se encuentre en condiciones físicas para hacer frente al proceso (99). Nuevamente, en este supuesto, el Estado que hubiera remitido la situación o el Consejo de Seguridad podrán solicitar el examen del asunto a la SCP, siendo posible hacer que el Fiscal reconsidere su decisión. Es más, si la decisión de no proceder se tomó atendiendo únicamente al art. 53.2 c) EstCPI (interés de la justicia), la revisión por la SCP es posible efectuarla de oficio y sería necesaria su confirmación.

(97) De la expresión se puede concluir que se trata evidentemente de un supuesto excepcional. *Vid.* ROBINSON, Darryl, «Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court», *op. cit.*, p. 383.

(98) Cuando el Fiscal recibe remisiones y decide no investigar, debe dar cuenta de la causa de este proceder. Así lo entienden, WOUTERS, Jan, VERHOEVEN, Sten, DEMEYER, Bruno, «The International Criminal Court's Office of the Prosecutor», AAVV (Ed. JOSÉ DORIA, HANS-PETER GASSER, M. CHERIF BASSIOUNI), *The legal regime of the International Criminal Court: essays in honour of Professor Igor Blishchenko. In memoriam Professor Igor Pavlovich Blishchenko (1930-2000)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2009, pp. 345 y 382.

(99) Un artículo interesante sobre el enjuiciamiento de personas en edad avanzada, HERZOG, Felix, «¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal.: No to criminal prosecution of old dictators? About the penal prosecution function of state criminality», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 5, 2008, pp. 1-9. *Vid.*, también, STIGEN, Jo, «The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions. The principle of complementarity», *op. cit.*, pp 367-368. Si se tiene en cuenta el principio de proporcionalidad es comprensible el hecho de no llevar adelante un proceso penal cuando se demuestre que existen indicios más que fundados de que celebración del juicio oral supondría la muerte de la persona imputada.

IV.3.2. SU INTERPRETACIÓN

La expresión «interés de la justicia» no es nueva en la justicia internacional. Se trata de una noción que goza de predicamento en los últimos años en relación a la justicia transicional y que se relaciona con la denominada justicia restaurativa. El término, no sólo aparece en el EstCPI, sino que está presente también en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacional para la antigua Yugoslavia y Ruanda, en la jurisprudencia derivada de estos órganos jurisdiccionales internacionales, así como en el PIDCP y el CEDH(100). En este ámbito, la expresión apunta a los intereses del proceso.

En relación al art. 53 EstCPI, en orden a su interpretación, muchos autores parten del siguiente planteamiento: tratan de identificar aquellos casos en los que, si se iniciara una investigación o se procediera al enjuiciamiento, ello no sería en beneficio del «interés de la justicia» o, a *sensu contrario*, contravendría el interés de la justicia. Y en este sentido, se suele conectar la expresión con los procesos de paz o las comisiones de verdad y reconciliación, entre otras manifestaciones(101). Lo cierto es que cuesta entender que existan crímenes de carácter internacional sometidos a la jurisdicción de la CPI cuya investigación o enjuiciamiento no esté íntimamente conectado con lograr el «interés de la justicia», dejando a salvo los supuestos en los que la persona investigada o sometida a enjuiciamiento esté física o psíquicamente impedida para soportar el proceso. Lo que llama la atención en el art. 53.1 c) y 53.2 c) es el doble filtro establecido en relación a la expresión «interés de la justicia». Si en un principio, antes de proceder al inicio de la investigación, ya se han valorado la gravedad de los hechos y los intereses de las víctimas, ¿por qué se han de tener en cuenta nuevamente para decidir el enjuiciamiento de personas concretas en relación a la misma situación? No se entiende que si la situación es merecedora de investigación, porque cumple con los parámetros de jurisdicción y admisibilidad y cumplía el criterio de «interés de la justicia», nuevamente,

(100) CÁRDENAS ARAVENA, Claudia M., «Revisión crítica del criterio «interés de la justicia» como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, pp. 21-47, entiende que el denominador común en todos los textos mencionados hace referencia a «criterios para ejercer facultades o tomar decisiones dentro de un proceso», pudiendo ser la misma reemplazada por «intereses del proceso (debido, justo y racional)». Se trataría de una noción dirigida a expresar «la mejor forma de satisfacer de manera expedita los fines del proceso en sentido estricto (investigar el crimen, la participación y determinar el castigo, pues esa es la forma en la que se está llevando a cabo la justicia».

(101) Hay quién mantiene que la labor realizada por la CPI puede ser suplida por otros instrumentos que no consistan, efectivamente, en una auténtica investigación y enjuiciamiento. Tal es el caso de las comisiones de verdad y reconciliación, los procesos de justicia transicional o los supuestos de amnistía. Si bien es cierto que pueden ser medios complementarios al proceso penal, sea a través de la justicia nacional o de la CPI, ello no debe excluirlo. Estos mecanismos no pueden o no tienen por qué afectar al interés de la justicia en general. Si esto fuera así, nos encontraríamos con el peligroso riesgo de que aquellas situaciones que el Fiscal no ha investigado o aquellos casos no llevados a enjuiciamiento alegando el no «interés de la justicia», serían objeto de negociación. Una cosa es que este tipo de vías ayuden al restablecimiento de la paz en situaciones post-conflicto, pero otra muy distinta es que reemplacen al proceso penal. La CPI, en su Preámbulo, manifiesta como fin último «la persecución los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», y establece como objetivo último «poner fin a la impunidad de los autores de estos crímenes», por tanto, no puede entenderse la selección de situaciones o casos que el Fiscal tenga que realizar en un momento dado, respecto del inicio de una investigación o enjuiciamiento, como un no interés de la justicia en general. En todo caso, será una decisión con la que tenga que lidiar teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la situación o caso y la limitación de medios materiales y personales con los que cuente. En este sentido se manifiestan, *ibid.*, pp. 35-36. MURPHY, Colleen, «Political reconciliation and international criminal trials», AAVV (Ed. MAY, LARRY, HOSKINS, ZACHARY), *International criminal law and philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 236-238.

para el enjuiciamiento de casos, de personas concretas, es preciso realizar una nueva valoración que tiene en cuenta, parcialmente, los mismos criterios.

Concluyendo, debemos entender el criterio «interés de la justicia» como una guía de selección de situaciones y casos en manos del Fiscal(102); se trataría de un instrumento basado en criterios circunstanciales y que pueden ser además externos al caso concreto, por lo que el interés de la justicia debería conectarse con las circunstancias concretas de la situación o caso objeto de examen. Consideramos esta interpretación acorde con el resto de disposiciones del EstCPI, sobre todo, si reparamos en la literalidad del Preámbulo del EstCPI en estas dos expresiones: «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo»; y «decididos a poner fin a la impunidad de los autores de estos crímenes». El objetivo final es llevar a cabo investigaciones y enjuiciamientos que cumplan con esos fines, es decir, que se trate de procesos justos y racionales. Es en este punto dónde se enlaza con otra cuestión a valorar en el trabajo de la CPI: los recursos limitados. A pesar de que el objetivo de la CPI y, por ende, del Fiscal sea poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, es evidente que llevar a efecto esta idea es material y personalmente imposible, y sobre todo si tenemos en cuenta la complejidad de las posibles situaciones y casos ante los que la justicia internacional se enfrenta. La actividad de la CPI y de la Fiscalía quedaría totalmente colapsada, en detrimento de los derechos de las víctimas y de la credibilidad de la propia justicia internacional(103). Es precisamente este panorama el que iría en contra de la justicia universal(104).

V. A modo de conclusión

Por lo que respecta a la complementariedad, resulta evidente que la Fiscalía de la CPI no ha elaborado una estrategia contundente dirigida a discriminar aquellas situaciones o casos que han de ser admisibles de los que no, cuando se encuentran en curso procedimientos paralelos en las jurisdicciones nacionales. De las decisiones adoptadas por el Fiscal desde que la CPI entró en funcionamiento, se desprende que su actuación no ha sido uniforme en relación al principio de complementariedad. En algunos casos, se ha dado por superado el test de admisibilidad aún existiendo investigación en curso contra los mismos acusados en la jurisdicción nacional y, en otros, se ha priorizado la

(102) Es precisamente ésta la interpretación de CÁRDENAS ARAVENA, Claudia M., «Revisión crítica del criterio «interés de la justicia» como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 34, propone del art. 53 EstCPI.

(103) Su legitimidad quedaría en entredicho. En este sentido, STRUETT, Michael J. «The politics of discursive legitimacy: understanding the dynamics and implications of prosecutorial discretion at the International Criminal Court», AAVV (Ed. ROACH, STEVEN C.), *Governance, order and the International Criminal Court*. Oxford University Press, Oxford 2009, p. 151.

(104) CÁRDENAS ARAVENA, CLAUDIA M., «Revisión crítica del criterio «interés de la justicia» como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, pp. 45-47, propone, acorde a esta interpretación, que si se está llevando a cabo un proceso con garantías mínimas contra la misma persona, pero por otros crímenes distintos, podría aplicarse la previsión del art. 53 y no solicitar la entrega del imputado, al menos hasta que termine el juicio y cumpla condena. Añade también que esta interpretación hace factible el doble filtro ex art. 53.1 c) y 53.2 c), ya que el «interés de la justicia» serviría como criterio para, dentro de los casos graves identificados, como la CPI no tiene recursos para perseguir todos, debe elegir tomando en cuenta los «más graves». Lo mismo ocurriría con el grado de responsabilidad.

persecución a través de los procesos internos. Consideramos que la Fiscalía habría de plantear una estrategia y unas pautas claras y contundentes de actuación. Es cierto que existe una imposibilidad práctica para atender a la totalidad de situaciones y casos planteados ante la CPI y de que es necesario fomentar la cooperación con los Estados para cerrar la brecha de la impunidad, sin embargo, creemos que es preciso concretar las condiciones que los Estados habrían de cumplir a efectos de determinar si las investigaciones o enjuiciamientos en curso son auténticos o aquéllos cuentan realmente con la capacidad o infraestructuras judiciales precisas para llevarlos a cabo.

Por otra parte, la práctica seguida hasta el momento demuestra que únicamente son sometidos a investigación y enjuiciamiento los casos más graves, tomando como criterios, el número de víctimas, la forma de comisión de los crímenes y el impacto que estos han podido generar. Si bien es cierto que los crímenes competencia de la CPI, y determinados por el art. 5 EstCPI, son los mayores crímenes contra los derechos humanos, de entre ellos, solamente se investigan y enjuician los considerados más o especialmente graves. La estrategia seguida ha sido la de focalizar las investigaciones en los «más altos responsables» y siempre que el número de víctimas sea considerable, valorando incluso que la cifra se eleve a varios miles. Consideramos que, a pesar de que la Fiscalía fundamenta esta estrategia de actuación en el carácter complementario de la jurisdicción de la CPI y la eficiencia, en realidad, las directrices vienen impuestas por la realidad práctica, es decir, la limitación de recursos económicos y humanos.

Por su parte, el criterio del «interés de la justicia» otorga un margen de discrecionalidad al Fiscal que le permite, ante situaciones o casos competencia de la CPI que han superado el test de admisibilidad, decidir que no sean investigados o perseguidos. Se entiende que no existe fundamento razonable para iniciar el proceso, al no redundar en interés de la justicia. Creemos que el criterio está fuertemente unido a la complementariedad, en tanto que si el Fiscal decide no iniciar una investigación basándose en el mismo, la única vía posible de investigación y enjuiciamiento será a través de las jurisdicciones nacionales. El criterio se convierte pues, entendemos, en una guía en manos de la Fiscalía para la selección de situaciones y casos; un elemento de discrecionalidad más a considerar por el Fiscal, que le habilita para alejarse del fundamento de la existencia misma de la CPI.

Para finalizar, una reflexión final. Entendemos que la brecha de la impunidad no se cierra únicamente con la labor de enjuiciamiento de la CPI, sino que las jurisdicciones nacionales han de concentrar sus esfuerzos en investigar y enjuiciar a las personas responsables de los grandes crímenes internacionales. Pero no nos equivoquemos, esta obligación no corresponde únicamente a los Estados en los que dichos crímenes se han perpetrado, sino también al resto, en aplicación del principio de justicia universal, del que, por cierto, parece haberse olvidado el legislador español, tras su última reforma del art. 23 LOPJ(105).

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(105) En virtud de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

LABURPENA: Ikerketa bat abiaraztea ahalbidetzen duten arrazoirik badagoen zehazteko Nazioarteko Zigor Auzitegiaren estatutuko irizpideak sistematikoki aztertzea da lan honen helburua. Auzitegiak, bere eskumenen bidez, balizko krimenei buruzko mezuak jasotzen dituenean, ez du, besterik gabe, ikerketarik abiarazten. Aitzitik, hainbat elementu aztertzeko prozedura hasten du. Zehaztu beharreko lehen alderdia salatutako krimenek auzitegiaren eskumenei (materialak, espazialak edo pertsonalak eta denborazkoak) buruzko irizpideak betetzen dituzten zehaztea da. Ondoren, Estatutuaren 17. artikuluko «onargarritasun-azterketa» izenekoak egiten da. Osagarritasun-printzipioaren aplikazioan oinarritzen da, eta lehenasuna ematen die herrialdeen jurisdikzioei. Estatuaren jarduera edo jarduera eza, jokatze gaitasun edo ahalmen eza, «epaitutako auziaren» efektua eta salatutako gertaeen larritasuna balioztatu behar dira. Azterketa egin ondoren ere, baliteke auzitegiak ikerketarik edo prozedurarik ez abiaraztea, «justiziaren interesean» oinarriturik.

HITZ GAKOAK: Nazioarteko Zigor Auzitegia. Subsidiarioratasuna. Osagarritasuna. Onargarritasuna. Justiziaren interesa.

RESUMEN: Este trabajo pretende realizar un estudio sistemático de los criterios previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigidos a determinar la existencia elementos razonables que permitan el inicio de una investigación. La remisión de una situación o la recepción de comunicaciones sobre posibles crímenes competencia de la Corte no implica, de modo automático, el inicio de una investigación, sino que da lugar a un procedimiento que tiene como objeto el examen de una serie de elementos. La primera cuestión a determinar es si los crímenes denunciados cumplen los requisitos sobre competencia material, espacial o personal y temporal de la Corte. A continuación, se realiza el denominado «test de admisibilidad» del art. 17 del Estatuto, basado en la aplicación del principio de complementariedad, el cuál otorga preferencia a las jurisdicciones nacionales. En él han de valorarse la actividad o inactividad del Estado, su falta de capacidad o disposición para proceder, el efecto de «cosa juzgada», así como la gravedad de los hechos denunciados. Aún superado este análisis, es posible que la investigación o el enjuiciamiento por la Corte no se lleve a cabo, en base al «interés de la justicia».

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional. Subsidiariedad. Complementariedad. Admisibilidad. Interés de la justicia.

ABSTRACT: This work tries to carry out a systematic study of the criteria described in the Statute of the International Criminal Court addressed to establish the existence of the reasonable elements that allow the initiation of the investigation. The referral of a situation or the reception of communications of possible crimes to be studied by the Court does not automatically imply the initiation of an investigation but a proceeding that has as its scope the analysis of some elements. The first question to establish is whether those reported crimes do fulfill the requirements of material, space or personal and temporal jurisdiction of the Court. Then, the so called admissibility test of article 17 of the Statute is carried out based on the application of the principle of complementarity which gives preference to national judiciaries. It has to be taken into account the activity or inactivity of State, its lack of ability or willingness to proceed, the effect of «res iudicata» together with the severity of the reported facts. Even though this analysis is done, it is possible that the investigation or the prosecution by the Court is not carried out bases on the «interest of justice».

KEYWORDS: International Criminal Court. Subsidiarity. Complementarity. Admissibility. Interest of justice.