

# El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional

The principle of complementarity in the practice of the International Criminal Court



Ximena Fuentes Torrijo\*

## ■ Resumen

Las decisiones de la Corte Penal Internacional en aplicación del principio de complementariedad serán fundamentales para contribuir o no a la construcción de la *auctoritas* de este tribunal en la comunidad internacional. El trabajo examina dos formas en que la Corte se ha aproximado a este principio. En primer lugar, se analiza la 'complementariedad positiva' por la cual la Corte asume una actitud proactiva respecto de los Estados y realiza diversas actividades para promover el ejercicio de la jurisdicción nacional. En relación con estas actividades se advierte sobre los riesgos que puede acarrear involucrarse activamente con los poderes judiciales de los Estados. En segundo lugar, se discute críticamente la política de autorremisión de casos que ha promovido la Oficina de la

---

\* Profesora de Derecho Internacional en las Universidades de Chile y Adolfo Ibáñez, [ximena.fuentes@gmail.com](mailto:ximena.fuentes@gmail.com)

Recibido el 17 de marzo de 2011; aceptado el 20 de junio de 2011.

Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt N°1080060

Fiscalía. La práctica de la Corte en este punto ha sido objeto de críticas porque pone en riesgo la neutralidad que debe mantener la Corte frente a la política interna de los Estados. Por último, en el caso de la remisión de casos por el Consejo de Seguridad, se examinan la aplicabilidad del principio de complementariedad y sus consecuencias.

**PALABRAS CLAVE:** Corte Penal Internacional, principio de complementariedad, complementariedad positiva, autorremisión, relación entre el derecho internacional y el derecho interno, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

## ■ Abstract

The decisions of the International Criminal Court in the implementation of the principle of complementarity will be decisive for the *auctoritas* of this tribunal within the international community. This paper examines two different forms in which the Court has approached the principle. First, it deals with ‘positive complementarity’, which refers to activities undertaken by the Court to promote the exercise of jurisdiction by national tribunals. With regard to these activities, risks involved in the establishment of a close relationship with domestic tribunals are highlighted. In the second place, the policy of self-referral that has been promoted by the Office of the Prosecutor is discussed and criticized. The practice of the Court in this regard has been criticized because it may affect the distance that the Court must keep from domestic politics. Finally, in the case of Security Council referrals the paper discusses the applicability of the principle of complementarity and its consequences.

**KEYWORDS:** International Criminal Court, principle of complementarity, positive complementarity, self.referral, relationship between international and municipal law, United Nations Security Council.i

## I. INTRODUCCIÓN

Este artículo examina la forma en que en su primera jurisprudencia la Corte Penal Internacional está dando aplicación al principio de complementariedad. Este principio, que cumple la función de distribuir las competencias entre la Corte y los Estados ha sido establecido en el propio Estatuto de la Corte y define el rol de esta su relación con las jurisdicciones nacionales. Los Estados tuvieron a la vista ese rol al decidir la creación de un tribunal penal internacional, por lo tanto, se trata de un elemento esencial para evaluar la legitimidad que vaya adquiriendo o perdiendo la Corte en los años que vienen.

La Corte Penal Internacional es una institución con personalidad jurídica internacional encargada de juzgar personas por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio (como categoría especial de crimen contra la humanidad). A estos crímenes hay que agregar el de agresión, cuya definición entrará en vigor en el futuro. Como se trata de un tribunal internacional, se debe tener presente que estos tienen características especiales que los hacen muy distintos de los tribunales nacionales en un sistema democrático. Esas diferencias deberán tenerse presentes al evaluar las acciones de un tribunal internacional.

Cualquiera que sea el tipo de jurisdicción que ejerzan, los tribunales nacionales deben resolver las controversias que se suscitan dentro de su territorio conforme a las reglas establecidas

por el sistema jurídico nacional respectivo. El modelo de tribunal nacional utilizado para esta comparación es el de un tribunal que funciona en un Estado de derecho, en el que impera el principio de separación de poderes y en que, en general, se exigirá que los tribunales sean fieles a las reglas reconocidas como aplicables dentro del sistema jurídico de que se trata. La función primordial del juez será aplicar la ley. La efectiva lealtad a los principios constitucionales de ese sistema jurídico será evaluada dentro del propio sistema en un marco que encierra la discusión constitucional relevante dentro de una determinada tradición jurídica, que puede variar de un país a otro.. En el estado actual del derecho internacional, este modelo no es traspasable al sistema jurídico internacional.

La afirmación anterior puede requerir una explicación adicional. Existe una diferencia fundamental entre el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos nacionales que conocemos como democracias constitucionales. En una democracia constitucional existen normas jurídicas creadas mediante ciertos procedimientos democráticos, que políticamente hablando son la mejor manera de determinar cuáles son las exigencias de la justicia (Correa, 2008: 25). El procedimiento de deliberación democrática es importante porque permite estimar que las reglas son el producto de la soberanía popular. Como señala Correa, en un sistema democrático la conexión entre la norma positiva y la idea de justicia se efectúa a

través de la política (Correa, 2008: 35), esto es, mediante un sistema que se basa en la deliberación de los ciudadanos sobre la justicia de las leyes que se van a establecer. Por este motivo, un juez no puede intentar reemplazar a la ley porque es esta y no su voluntad la que obliga al ciudadano. El rol del poder judicial en una democracia deliberativa ha sido descrito como la función de aplicar la ley al caso concreto. Como dice Atria: «hacer justicia al caso no es resolver el caso de acuerdo a la norma que el juez crea justa, porque no hay razón alguna para suponer que el juez podrá representar los intereses de todos los involucrados de mejor manera que el legislador» (Atria, 2004: 135).

En los Estados de derecho nacionales existe entonces la pretensión de que los jueces respeten la voluntad del legislador. Pero el sistema jurídico internacional carece de un nexo político entre la norma y la idea de justicia. Como bien lo ha señalado Khan, el derecho internacional «no puede argumentar que representa la soberanía popular o la voluntad de alguna comunidad particular» (Khan, 2001: 272). Por eso, el derecho internacional solo se puede fundar en la idea de justicia sin que pueda asociarse a un proceso político democrático, porque este último no ha logrado replicarse en la comunidad internacional.

Esto significa que los tribunales internacionales carecen de la contención democrática que es propia del Estado de derecho nacional. Por esta razón es improbable exigir a un tri-

bunal internacional lealtad hacia la norma y seguramente el tribunal solo se sentirá vinculado por la justicia que supuestamente debe encarnar la norma respectiva.. Así pues, el poder de un tribunal internacional es enorme y, por lo tanto, igualmente lo es el riesgo de que se convierta en legislador.

A esto debe sumarse el hecho de que los tribunales internacionales se encuentran en medida importante por encima de los Estados, es decir, por encima de los sistemas jurídicos nacionales. En el caso de la Corte Penal Internacional ciertamente podría decirse que no está en un plano superior a las jurisdicciones domésticas porque solo puede actuar suplementando a los tribunales estatales cuando estos no actúan. Sin embargo, hay un aspecto en que el tribunal internacional, incluso la Corte Penal Internacional, se encuentra por encima del tribunal nacional. Al respecto, hay que tener presente que será el tribunal internacional quien, en virtud del principio *competence competence*, determinará su propia competencia incluso contra la opinión de los Estados involucrados. En este punto, la decisión de la Corte se sitúa sobre los Estados.

Sin perjuicio de lo anterior, sabemos que el ámbito de acción de un tribunal internacional está definido por el tratado constitutivo pertinente. La propia existencia del tribunal internacional se debe a la voluntad de los Estados partes en ese tratado y no a una estructura constitucional determinada. Desde este punto de vista, el tribunal internacional es un sujeto más de derecho interna-

cional que se sitúa no por encima de los Estados sino al lado de ellos. Por lo tanto, así como en el párrafo anterior se observaba que los tribunales internacionales ejercen su autoridad sobre los Estados, en este se constata que también existe una relación de simetría entre tribunales internacionales y Estados. Esa relación de igualdad se manifiesta en el hecho de que los tribunales internacionales carecen de imperio sobre los Estados, lo que trae consigo un efecto interesante: las controversias que pueden suscitarse entre un Estado y un tribunal internacional pueden quedar sin una solución que satisfaga a ambas partes. Dicho de otra manera, el ejercicio del principio *competence competence* impone jurídicamente la decisión del tribunal internacional sobre el Estado en materia de competencia, pero esa decisión carece de imperio y, por lo tanto, su cumplimiento podrá ser resistido materialmente por el respectivo Estado sin que se pueda ejercer coacción. Así por ejemplo, una controversia relativa a la violación del principio *ne ultra petita*, que es una típica controversia entre la visión que tiene el propio tribunal de su competencia y la del Estado involucrado, quedará normalmente sin solución en la práctica. El Estado afectado podrá resistirse a cumplir la sentencia del tribunal internacional pero la sentencia será jurídicamente vinculante para él, y esta nueva controversia podrá quedar siempre abierta, ya que no hay cómo asegurar el cumplimiento forzado del fallo. Este tipo de controversias que permanecen sin resolver puede afectar

la legitimidad del tribunal no solo ante el Estado litigante sino también ante la comunidad internacional.

Es aquí donde adquiere especial importancia la opinión que los Estados en general manifiesten sobre si el ejercicio de la jurisdicción fue o no adecuado en casos particulares. Junto con eso, también adquiere relevancia la opinión de la doctrina en el sistema internacional. Es este el contexto en que se debe revisar la aplicación del principio de complementariedad en los breves años en que ha funcionado la Corte Penal Internacional. En este trabajo se revisa precisamente el análisis crítico que ha hecho la doctrina sobre la actuación de la Corte. Pero antes de entrar a discutir la doctrina, es necesario decir algunas palabras adicionales sobre la construcción de la autoridad (*auctoritas*) de los tribunales internacionales y en especial de la Corte Penal Internacional.

## 2. LA CONSTRUCCIÓN DE AUTORIDAD

Entre las características básicas del derecho internacional se cuenta aquella de que en el sistema jurídico internacional no existen tribunales con jurisdicción originaria. Esto quiere decir que la jurisdicción siempre debe encontrar la razón de su existencia en el consentimiento de los Estados litigantes. Este principio del consentimiento tiene varias implicaciones interesantes de revisar. En primer término, el consentimiento de las partes fija el ámbito de acción de los tribuna-

les, lo que trae consigo la posibilidad de que las partes objeten la jurisdicción de estos. Además, el consentimiento es un elemento que se relaciona con la legitimidad del tribunal internacional en tanto basa su creación en la voluntad de los que se verán afectados por la resolución judicial de la controversia. Desde el punto de vista de su creación, entonces, se puede decir que la Corte Penal Internacional ha cumplido con los requisitos formales de legitimidad en el sentido de que la voluntad de los Estados puede crear entes internacionales dotados del poder de conocer causas relativas a la responsabilidad penal de las personas. Sin embargo, esta legitimidad en el origen no es suficiente para que las resoluciones de los tribunales internacionales estén dotadas de autoridad.

El consentimiento es un acto otorgado en un momento determinado y esa voluntad puede cambiar en el momento en que se plantea un caso ante el tribunal pertinente. Además, el consentimiento es un acto particular de determinados sujetos que no incluye a toda la comunidad internacional, de manera que para los terceros Estados y otros miembros de la comunidad internacional la autoridad del tribunal no dependerá del consentimiento entregado sino de la calidad de la decisión judicial respectiva. Eso significa que los tribunales internacionales, al igual que otras organizaciones internacionales, deben estar constantemente construyendo la base de su legitimidad, para lo cual son fundamentales dos elementos.

En primer término, la interpretación que haga el tribunal de su instrumento constitutivo, que fija su ámbito de acción. El segundo elemento ya se ha adelantado: la decisión judicial misma. No solo debe tratarse de una decisión que se estima ajustada a los límites jurisdiccionales de la Corte sino además, debe ser una decisión cuyo razonamiento esté bien fundado, que contenga interpretaciones y argumentaciones jurídicamente aceptables para las partes y para la comunidad internacional en general.

Se debe ponderar las críticas que reciben los tribunales internacionales por sus decisiones jurisdiccionales, por sus procedimientos y por sus decisiones sustantivas. Así por ejemplo, actualmente se discute sobre la legitimidad de los procedimientos de la Corte Europea de Derechos Humanos en un escenario de crecimiento exponencial de causas individuales que llegan ante ella y en que la Corte no es capaz de lidiar con todas ellas y emplea un proceso de selección (Barkhuysen y Van Emmerik, 2009: 437-449). En el ámbito de la Corte Internacional de Justicia ella está constantemente expuesta a las críticas de los propios jueces que la integran y de la comunidad académica internacional. Es así como en la Opinión Consultiva relativa a la Declaración de Independencia de Kosovo el juez Bruno Simma redactó un voto individual en que señala que la Corte empleó una interpretación demasiado restrictiva de la pregunta que sometió la Asamblea General (Corte Internacional de Justi-

cia, 2010). A los tribunales arbitrales en materia de inversiones se les critica también que apliquen procedimientos propios del arbitraje comercial para resolver casos en que una de las partes es un Estado y se evalúa su política pública y su legislación (Van Harten, 2007).

Esta es la realidad en la que tiene que moverse la Corte Penal Internacional y por eso su actuación no ha estado exenta de críticas. El desafío es construir *auctoritas* dentro de la comunidad internacional. Por ahora, la forma de medirla es por el número de ratificaciones que obtenga el Estatuto de Roma y por el grado de cumplimiento de sus resoluciones. A octubre de 2010, la Corte Penal Internacional contaba con 114 Estados partes de un universo de alrededor de 200.<sup>1</sup> Más problemático es el hecho de que Estados importantes e como Estados Unidos, China, Israel, India, Pakistán, y los países del Medio Oriente se resistan a formar parte de la Corte. Además, hay que mantenerse atentos a las críticas de que sea objeto su actuación de parte de la comunidad académica y de los actores políticos al interior de los Estados. La manera en que la Corte se relacione con las jurisdicciones penales de los Estados cumple un rol fundamental en esta construcción de su legitimidad, que no se agota con el simple consentimiento ya entregado por los Estados que han ratificado el Estatuto.. Es necesario que la Corte Penal adquiera prestigio como autoridad judicial capaz de resguardar

su neutralidad frente a los conflictos internos y cuya interpretación y aplicación del derecho penal internacional responda a las exigencias de las comunidades jurídicas nacionales que por siglos han venido desarrollando un derecho penal sofisticado.

### 3. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL ESTATUTO DE LA CORTE

El principio de complementariedad fue un elemento fundamental en la creación de la Corte Penal Internacional. Como señala William Schabas: «El principio de complementariedad, invocado en el preámbulo como también en el artículo 1 del Estatuto de Roma, es central en la filosofía de la Corte» (Schabas, 2010: 336).<sup>2</sup> Se trata de un elemento central porque los objetivos de la Corte se cumplen mediante la aplicación del principio de complementariedad. Estos objetivos se encuentran en el preámbulo del Estatuto de Roma:

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean

<sup>1</sup> Ver el sitio web de la Corte: <<http://www.icc-cpi.int/Menu/ASP/states+parties/>>

<sup>2</sup> Traducción del autor. El original se lee. «The principle of ‘complementarity’, invoked in the preamble as well as in article 1 of the Rome Statute, is central to the philosophy of the Court».

efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,

Stigen resume bien estos objetivos: por una parte, evitar la impunidad y, por la otra, asegurarse de que la persecución penal se realice primordialmente por las jurisdicciones nacionales (Stigen, 2008: 11). No era la idea de los redactores del Estatuto ni de los signatarios del Estatuto que la Corte reemplazara a las jurisdicciones nacionales ni menos que eximiera a los Estados de su responsabilidad de investigar y sancionar crímenes internacionales.<sup>3</sup> Por el contrario, el preámbulo se encarga de establecer en forma explícita esta última obligación: «Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales».

Por lo tanto, se puede concluir en forma clara que las partes no tuvieron la intención de crear una corte penal sustitutiva de los tribunales penales nacionales. En sus orígenes, la Corte fue concebida para conocer de aque-

llos casos en que la jurisdicción penal nacional no había operado, ya fuera porque el Estado respectivo no tenía la capacidad para juzgar o no tenía la voluntad de hacerlo. La forma de hacer operativo este principio en el Estatuto fue incluyendo el principio de complementariedad en el artículo 17 que, para mayor claridad, se transcribe a continuación:

#### Artículo 17

##### Cuestiones de admisibilidad

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

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

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

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

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

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

<sup>3</sup> En este artículo no se discutirá sobre la existencia ni el contenido de esta obligación de perseguir crímenes internacionales, sino que simplemente me limito a señalar que esta fue una consideración que se tuvo en cuenta al momento de redactar el Estatuto de Roma.

o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

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

El principio de complementariedad cumple una función de distribución de competencias y define el rol de la Corte Penal Internacional en su relación con los Estados. Ha sido un elemento que los Estados han tenido presente al momento de firmar y ratificar el tratado constitutivo de este tribunal internacional y desde este punto de vista ha sido una consideración fundamental en el consentimiento entregado por los

Estados al ratificar el Estatuto. Según la forma en que la Corte interprete y aplique este principio se podrá evaluar si la Corte está siendo fiel al ámbito de acción que le fuera definido por las partes o si está yendo más allá de los límites originales fijados a su competencia.

En este punto corresponde hacer una observación. El ámbito de la competencia de un tribunal no tiene por qué permanecer congelado. Puede ocurrir que la competencia se amplíe y que esto cuente con la aprobación explícita o implícita de los Estados partes. Por lo general, la evidencia de una ampliación aceptada o tolerada por los Estados se encontrará en el hecho de que no objetan la jurisdicción ni manifiestan de otro modo su rechazo al proceder del respectivo tribunal. Pero esta aceptación sólo se referirá a los Estados que se encuentran vinculados a una situación o caso en particular. Como se ha dicho la autoridad de un tribunal internacional también dependerá de la aceptación que su manera de actuar tenga frente a la comunidad internacional en general. Aquí juegan un papel importante los Estados partes en el Estatuto, que pueden hacer ver su molestia por la forma de trabajar del tribunal. El problema es que en la medida en que no se ven afectados directamente por las causas de las que esté conociendo el tribunal, puede que a esos Estados no les interese cuestionar procedimientos, actuaciones o decisiones que al final de cuentas no les provocan problemas en un momento determinado. En el caso de la Corte Penal Internacional es muy probable

que a los Estados no comprometidos con los hechos de que esté conociendo la Corte no tengan interés en cuestionar el ámbito de la competencia ejercida en esas situaciones o casos particulares. Menos aún si se trata de Estados que piensan que nunca van a enfrentar situaciones de violación de los derechos humanos que lleguen a la Corte. Es posible también que el cuestionamiento de la jurisdicción de la Corte provenga de las propias personas que estén siendo juzgadas, las que podrán presentar cuestiones de admisibilidad. Sin embargo, es muy probable que la comunidad internacional considere que esos cuestionamientos de la competencia de la Corte son meras formas de defensa de los imputados, que actúan movidos por su interés individual de recobrar su libertad y que no obedecen entonces al deseo de proteger un interés general por el buen funcionamiento del tribunal. Los cuestionamientos en materia de admisibilidad hechos valer por los imputados tienen el inconveniente de que pueden ser mirados con recelo por no tener como verdadero objetivo resguardar la legitimidad de la Corte frente a la comunidad internacional. Pero lo que sí está claro es que ambos cuestionamientos a la competencia de la Corte, tanto los planteados por el Estado directamente interesado como por los imputados pueden estar indicando la existencia de un problema real de ampliación no autorizada de competencia. Si bien es posible que en un momento determinado esos reclamos no se traduzcan en una queja generalizada de la

comunidad internacional, en el futuro podrían tener consecuencias a raíz de la simple acumulación.

Por lo tanto, corresponderá a la propia Corte ser cautelosa en su actuación para ganar legitimidad frente a la comunidad internacional y velar por que en el futuro no se destruya la legitimidad. La comunidad internacional debería buscar una interpretación adecuada del principio de complementariedad y llevarla a la práctica. Si la Corte se mueve más allá de lo que los Estados generalmente creen que dice el Estatuto, estaremos frente a una controversia general relativa a la interpretación de un tratado que no llegará a ser conocida formalmente por la Corte debido a que ella solo conoce de situaciones particulares respecto de hechos ocurridos en el territorio de un número reducido de Estados. Solo el Estado en cuestión o el imputado podrían impugnar la admisibilidad y el resto de la comunidad internacional permanecerá como espectador, pero un espectador que puede despertar en el futuro y reclamar con fuerza respecto del cúmulo de causas anteriores en las que ya empezaban a detectarse problemas.

#### 4. LA APLICACIÓN DE LA COMPLEMENTARIEDAD EN LA PRÁCTICA DE LA CORTE

Actualmente la Corte conoce de las siguientes situaciones:

1. Uganda, República Democrática del Congo, y República Centroafricana (autorreferidos)

2. Sudán y Libia (remitidas por el Consejo de Seguridad)
3. Kenya (investigación abierta por el Fiscal *proprio motu*)

Es a partir de estas situaciones que se puede revisar la aplicación que el Fiscal y la Corte han hecho del principio de complementariedad. Esta práctica muestra dos desarrollos en la implementación del principio de la complementariedad: 1) El concepto de la complementariedad positiva; y 2) La autorremisión de un caso hacia la Corte.

#### 4.1 *El concepto de complementariedad positiva*

La complementariedad positiva es uno de los principios que actualmente informan la labor del Fiscal de la Corte y ocupa un lugar primordial en el plan estratégico diseñado por la Oficina de la Fiscalía para los años 2009-2012. Allí el Fiscal señala que los objetivos que se ha propuesto para los próximos años se basan en principios, el primero de los cuales es el de la complementariedad positiva:

16. According to the Statute, States have the primary responsibility for preventing and punishing atrocities in their own territories. In this design, intervention by the Office is exceptional –it will only step in when States fail to conduct genuine investigations and prosecutions. This principle of complementarity has two dimensions: (i) the admissibility test, i.e. how to assess the existence of national proceedings and their genuineness, which is a judicial issue; and (ii) the positive complementarity concept, i.e. a

proactive policy of cooperation aimed at promoting national proceedings.

Como se puede apreciar, se trata de una función que no es propiamente judicial y por eso no corresponde evaluar qué es o no apropiado hacer en el contexto de esta complementariedad positiva conforme a los principios de la buena administración de justicia. La pregunta relevante es cuáles son los principios de prudencia política que deberían regir esta actividad de la Corte.

Lo primero que cabe preguntarse en este contexto es si la complementariedad positiva puede o no fundarse en el Estatuto de la Corte. Este no establece explícitamente el concepto de complementariedad positiva pero puede extraerse de él y probablemente de los trabajos preparatorios. En la doctrina se señala que el concepto de complementariedad positiva puede basarse de diversas maneras en el propio Estatuto (Burke-White, 2008: 64). Primero, no está prohibido y, además, el preámbulo señala que corresponde al Estado el deber primordial de juzgar los crímenes internacionales. En segundo lugar, al revisar las facultades que el Estatuto entrega al Fiscal se comprueba que hay varias acciones que pueden orientarse a implementar la complementariedad positiva. Aquí se apunta a una serie de disposiciones del Estatuto relacionadas con las interacciones entre los Estados y la Fiscalía que revelan que una política de complementariedad positiva es coherente con el Estatuto. Tercero, invocando la teoría de los poderes im-

plícitos se puede argumentar que este sería un poder implícito del Fiscal.

Así pues, en teoría el principio de complementariedad positiva puede encontrar un fundamento jurídico en el propio Estatuto. En la práctica, es importante preguntarse qué medidas específicas puede adoptar el Fiscal para poner en práctica la complementariedad positiva.

El Plan Estratégico de la Fiscalía (Corte Penal Internacional 2010: Plan Estratégico) para los años 2009-2012 señala lo siguiente:

The Office's approach includes:

a) providing information collected by the Office to national judiciaries upon their request pursuant Article 93 (10), subject to the existence of a credible local system of protection for judges or witnesses and other security-related caveats; sharing databases of non-confidential materials or crime patterns;

b) calling upon officials, experts and lawyers from situation countries to participate in OTP investigative and prosecutorial activities, taking into account the need for their protection; inviting them to participate in the Office's network of law enforcement agencies (LEN); sharing with them expertise and trainings on investigative techniques or questioning of vulnerable witnesses;

c) providing information about the judicial work of the Office to those involved in political mediation such as UN and other special envoys, thus allowing them to support national/regional activities which complement the Office's work; and

d) acting as a catalyst with development organizations and donors' conferences to promote support for relevant accountability efforts.

Se trata de acciones que pueden contribuir a la formación de recursos humanos para la administración de la justicia penal, pero la verdad es que ninguna de estas acciones de cooperación internacional difiere mucho de las que ya emprenden organizaciones internacionales y algunos Estados del primer mundo para mejorar la administración de justicia en el tercer mundo. Si uno tuviera que concebir qué acciones de la Oficina del Fiscal pueden realmente ser eficaces para impulsar a los Estados a juzgar los crímenes cometidos en su territorio, lo más probable es que se pensara que ellas deberían incluir acciones más potentes y más comprometidas. Primero, podría pensarse en que la Corte amenazara con iniciar un juicio ella misma, para incentivar así al Estado a hacerlo primero (Burke-White, 2008: 70). Esto obviamente supone que para el Estado el costo político de que el caso llegue a la Corte Penal sea alto. La segunda forma en que se puede promover el juzgamiento por los propios Estados involucrándose activamente en la formación de los operadores de justicia nacionales. Además de que esta actividad requiere recursos de que probablemente la Fiscalía no dispone, se trata de una actividad que puede implicar un costo político futuro para la Corte. En este sentido, Burke-White advierte que al otorgar asistencia técnica judicial a los Estados la Corte puede comprometer su posición para evaluar posteriormente cuestiones de admisibilidad, tales como la verosimilitud de los procedimientos nacionales (Burke-White, 2008: 77).

Como se puede apreciar, la implementación del principio de complementariedad positiva crea riesgos para la Corte porque la expone al escrutinio público en un ámbito que no es netamente judicial sino político. Todavía está por verse hasta qué punto esta acción de la Corte contribuirá a su legitimidad o, por el contrario, podría perjudicar su prestigio.

#### 4.2 *El mecanismo de la autorremisión*

Los primeros casos que han llegado al conocimiento de la Corte lo han hecho por la vía de la autorremisión. Esta fórmula ha sido empleada por el Fiscal para investigar las situaciones en Uganda, la República Democrática del Congo y la República Centroafricana..

La política de promover la autorremisión de situaciones comenzó a aplicarse en el año 2003. Es decir, ha existido desde los inicios de la actividad judicial de la Corte. En el informe de actividades correspondiente a los años 2003-2006, el Fiscal señala que uno de los primeros desafíos que debió enfrentar la Fiscalía fue determinar el método por el cual dar lugar a la jurisdicción de la Corte (Oficina de la Fiscalía, 2006). En ese informe se lee:

b) While *proprio motu* power is a critical aspect of the Office's Independence, the Prosecutor adopted the policy of inviting and welcoming voluntary referral by territorial states as a first step in triggering the jurisdiction of the Court. This policy resulted in referrals

for what would become the Court's first two situations: Northern Uganda and the DRC. The method of initiating investigations by voluntary referral has increased the likelihood of important cooperation on-the-ground support.

Se puede apreciar que lo que movió al Fiscal a aplicar esta política fue la intención de facilitar la llegada de casos a la Corte y la cooperación en el terreno por parte del Estado respectivo. Cabe destacar un aspecto que el propio Fiscal parece haber tenido presente al momento de inaugurar esta política de autorremisión, que es la independencia de la acción de la Fiscalía. En efecto, el Fiscal parece reconocer que el método de la investigación *proprio motu* ofrece mayores garantías de independencia en la actuación de la oficina del Fiscal. Es decir, él está consciente de que la autorremisión puede encerrar peligros para esta independencia. Como se verá más adelante, quienes han criticado la política de autorremisión subrayan precisamente esos peligros.

Sin embargo, el mecanismo de la autorremisión ha recibido la aprobación de la propia Corte en la medida en que ha declarado admisibles los casos que en virtud de esta fórmula han llegado a su conocimiento. En el caso Lubanga (situación de la República Democrática del Congo), mediante decisión de 10 de febrero de 2006 sobre la orden de arresto solicitada por el Fiscal, la Sala de Cuestiones Preliminares tuvo en cuenta que existía una investigación criminal contra Thomas Lubanga ante los tribunales de la RDC, pese a lo cual estimó

que en este caso el funcionamiento del mecanismo de autorremisión no contradecía el principio de complementariedad. Es interesante observar en este caso cómo la Sala interpretó el artículo 17 del Estatuto para concluir que la autorremisión era compatible con el Estatuto a pesar de que los tribunales de la RDC eran capaces de continuar con el procedimiento judicial ya iniciado contra Lubanga (Corte Penal Internacional, 2006). La Corte toma en cuenta varios elementos. Primero, tiene presente la declaración que el propio gobierno de la RDC presentó en su carta de remisión:

34. The Chamber notes that despite the national proceedings conducted by DRC against Mr Thomas Lubanga Dyilo, the Prosecution alleges that the case against him is admissible because:

In its letter of referral, the Government of the DRC has stated «...les autorités compétentes ne sont malheureusement pas en mesure de mener des enquêtes sur les crimes mentionnés ci-dessus ni d'engager les poursuites nécessaires sans la participation de la Cour Pénale Internationale». Since then, the Government of the DRC, being well aware of the investigations of the OTP, has not informed the OTP otherwise. Accordingly none of the conditions of Article 17(1) of the Statute apply.

Luego, la Corte evalúa ella misma la situación de los tribunales de la RDC al momento del envío de la carta de remisión:

35. In the Chamber's view, when the President of the RDC sent the letter of referral to the Office of the Prosecutor

on 3 March 2004, it appears that the RDC was indeed unable to undertake the investigation and prosecution of the crimes falling within the jurisdiction of the Court committed in the situation in the territory of RDC since 1 July 2002. In the Chamber's view, this is why the self-referral of the RDC appears consistent with the ultimate purpose of the complementarity regime, according to which the Court by no means replaces national criminal jurisdiction, but it is complementary to them.

Pero la situación de los tribunales de la RDC en el 2006 ya no es la misma que en el 2004. Este punto es reconocido por la Corte:

36. However, for the purpose of the admissibility analysis of the case against Mr Thomas Lubanga Dyilo, the Chamber observes that since March 2004 the DRC national judicial system has undergone certain changes, particularly in the region of Ituri where a *Tribunal de Grande Instance* has been re-opened in Bunia. This has resulted *inter alia* in the issuance of two warrants of arrest by the competent DRC authorities for Mr Thomas Lubanga Dyilo in March 2005 for several crimes, some possibly within the jurisdiction of the Court, committed in connection with military attacks from May 2003 onwards and during the so-called Ndoki incident in February 2005. Moreover, as a result of the DRC proceedings against Mr Thomas Lubanga Dyilo, he has been held in the *Centre Pénitentiaire et de Rééducation de Kinshasa* since 19 March 2005. Therefore, in the Chamber's view, the Prosecution's general statement that the DRC national judicial system continues to be unable in the sense of article 17 (1) (a) to (c) and (3), of the Statute does

not wholly correspond to the reality any longer.

Por lo tanto, al parecer ya no se cumplía con la condición que la propia Corte había establecido en el párrafo 35 para estimar que la autorremisión en este caso era compatible con el régimen de la complementariedad. La Corte, entonces, recurre al argumento que parece haber sido decisivo para declarar la remisión compatible con el principio de complementariedad. Señala que la conducta por la cual se está juzgando a Lubanga en la RDC no abarca aquella consistente en el reclutamiento y uso durante las hostilidades militares de niños menores de quince años. Es decir, para que el caso sea inadmisibile es necesario que el juzgamiento que se lleva a cabo por los tribunales nacionales sea por todas y las mismas conductas por las que se quiere juzgar a la persona ante la Corte Penal Internacional:

37. However, the Chamber recalls that for a case arising from the investigation of a situation to be inadmissible, national proceedings must encompass both the person and the conduct which is the subject of the case before the Court. In this regard, the Prosecution submits that the DRC proceedings against Mr Thomas Lubanga Dyilo do not encompass the conduct that constitutes the basis of the Prosecution's Application.

38. The Chamber observes that the warrants of arrest issued by the competent DRC authorities against Mr Thomas Lubanga Dyilo contain no reference to his alleged criminal responsibility for the alleged UPC/FPLC's policy/practice of enlisting into the FPLC, conscripting

into the FPLC and using to participate actively in hostilities children under the age of fifteen between July 2002 and December 2003.

39. As a result, in the Chamber's view, the DRC cannot be considered to be acting in relation to the specific case before the Court (which is limited to Mr Thomas Lubanga Dyilo's alleged responsibility for the UPC/FPLC's alleged policy/practice of enlisting into the FPLC, conscripting into the FLPC and using to participate actively in the hostilities children under the age of fifteen between July 2002 and December 2003). Furthermore, the Chamber is not aware of any other State with jurisdiction over the case against Mr Thomas Lubanga Dyilo investigating, prosecuting or trying him, or having done so.

Esto significa que no se requiere establecer que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo una investigación (o enjuiciamiento) o que es incapaz de hacerlo, basta con establecer que el Estado haya permanecido inactivo en relación con una determinada conducta. Por eso, la Sala termina concluyendo en el párrafo 40: «... in the absence of any acting State, the Chamber need not make any analysis of unwillingness or inability».

Esta forma de interpretar el principio de complementariedad puede ser criticada desde varios puntos de vista. Desde ya, se ha criticado que Lubanga haya sido llevado a la Corte para ser juzgado por el reclutamiento forzado de niños siendo que en la RDC se lo estaba juzgando por crímenes mucho más graves como genocidio y crímenes contra la humanidad (Schabas, 2008: 25-26). Otra crítica se refiere a la facilidad con

que la Corte podría allegar casos a su conocimiento en detrimento del ejercicio de las jurisdicciones nacionales por el solo hecho de que el tribunal nacional no realice una investigación judicial que incluya todos y cada uno de los posibles cargos que se pueden formular contra una persona imputada (Kleffner, 2008: 201). La posición adoptada por la Corte en el caso Lubanga no parece mostrar mucha deferencia hacia las jurisdicciones nacionales. Tiene razón Kleffner cuando señala que para promover el ejercicio de las jurisdicciones nacionales la Corte debería otorgar cierto margen de apreciación a los Estados en el ejercicio de su poder para seleccionar los crímenes que quieren perseguir:

...in furtherance of the overall feature of complementarity to serve as a catalyst for domestic proceedings, rather than to discourage them, it is submitted that the Prosecutor would be better advised to grant States a certain margin of appreciation in selecting crimes. If he/she is of the opinion that the crimes charged in domestic proceedings are insufficient, a first step should be to consult with the State concerned to amend domestic charges, instead of frustrating bona fide efforts to conduct domestic criminal proceedings. (Kleffner, 2008: 201)

Otros autores han centrado su atención en la revisión de la compatibilidad de las autorremisiones con el Estatuto mismo. Es verdad que este en ninguna parte prohíbe las autorremisiones y que estas se pueden «acomodar», como señala El Zeidy, dentro del lenguaje

de los artículos 13 y 14 del Estatuto (El Zeidy, 2008: 218). De hecho, si la interpretación que hace la Corte del Estatuto fuera claramente contraria a alguna de sus disposiciones, los juicios iniciados adolecerían de nulidad, lo que no es el caso (El Zeidy, 2008: 218). El autor concluye que las autorremisiones son compatibles con el espíritu del Estatuto por cuanto el deber de los Estados de investigar y sancionar los crímenes que se cometen en su territorio se puede cumplir mediante la entrega del imputado a la jurisdicción de otro país o de un tribunal internacional, por aplicación del principio *aut dedere aut judicare* (El Zeidy, 2008: 221). Esta visión coincide con la de la propia Corte. En otro de los casos de que está conociendo, el caso Kananga, (Corte Penal Internacional, 2009), la Sala de Apelación sostuvo que:

85. The Appeals Chamber is not persuaded by the argument of the Appellant that it would be to negate the obligation of States to prosecute crimes if they were allowed to relinquish domestic jurisdiction in favour of the International Criminal Court. The Appeals Chamber acknowledges that States have a duty to exercise their criminal jurisdiction over international crimes. [. . .] If States do not or cannot investigate and, where necessary, prosecute, the International Criminal Court must be able to step in. Moreover, there may be merit in the argument that the sovereign decision of a State to relinquish its jurisdiction in favour of the Court may well be seen as complying with the «duty to exercise [its] criminal jurisdiction», as envisaged in the sixth paragraph of the Preamble.

Con todo, y aun cuando las autorremisiones *per se* no sean contrarias al Estatuto de la Corte, lo cierto es que se debe examinar si la forma en que se está aplicando esta política es compatible con los objetivos del establecimiento de la Corte. Es claro que, en teoría, las autorremisiones podrían deberse a causas justificadas. Por ejemplo, si en un Estado no existen las condiciones políticas para que un juicio sea llevado a cabo por tribunales nacionales debido a que se compromete la seguridad nacional, probablemente sea mejor que ese Estado remita el caso a la Corte Penal Internacional. Entonces, hay que revisar si hubo buenas razones para haber permitido las autorremisiones que se han producido hasta ahora.

En relación con este último punto, resulta muy interesante analizar la política de autorremisión en el contexto de la necesaria neutralidad que la Corte debe mantener respecto de la política interna de los Estados. Después de leer a uno de los autores más críticos de la política de autorremisión, William Schabas, queda claro cómo algunos gobiernos pueden utilizar la Corte para sus propios propósitos políticos internos.

El caso de Uganda sirve para ilustrar bien los riesgos que encierra el mecanismo de la autorremisión (Schabas, 2008: 5-33). Uganda fue el primer país al que se acercó el Fiscal Moreno Ocampo para pedirle que remitiera su situación a la Corte. Se vivía allí una situación en relación con grupos rebeldes que operaban en el norte del país. Uganda aceptó la invitación en enero de 2004

y remitió la situación a la Corte. Esta dictó cinco órdenes de arresto contra miembros de *The Lord's Resistance Army*. A pesar de que frente a las críticas que se formularon el Fiscal aclaró que la remisión de la situación a la Corte incluía la investigación de todos los delitos cometidos, tanto por la resistencia armada como por el gobierno, lo cierto es que solo se han despachado órdenes de arresto contra miembros de los grupos rebeldes.

El análisis de Schabas es descarnado. El hábil gobierno de Museveni habría utilizado a la Corte Penal para presionar a los miembros de *The Lord's Resistance Army* y lograr sentarlos en la mesa de negociación para tratar de llegar a un acuerdo de paz con el gobierno. Pero el éxito de la negociación exigiría un precio que tal vez la Corte no esté dispuesta a pagar pues para seguir negociando los rebeldes exigen el retiro de las órdenes de arresto y así lo solicitó Museveni a la Corte (Schabas, 2008: 19-22). Demás está decir que Uganda no ha cooperado con la detención de aquellos contra los cuales se despacharon las órdenes de arresto. Al Fiscal, que estuvo dispuesto a juzgar a los rebeldes, no le es tan fácil desechar los cargos contra ellos. La decisión de desechar los cargos es una decisión política que va contra la filosofía que se ha impulsado al interior de la Corte según la cual la obligación de juzgar es absoluta. Siendo así, la Oficina del Fiscal y la Corte deberían tratar de mantenerse neutrales respecto de la política interna de los Estados, de lo contrario

serán utilizados por los gobiernos y no contribuirán a fortalecer la *auctoritas* de la Corte Penal Internacional.

## 5. LA COMPLEMENTARIEDAD Y LOS CASOS REMITIDOS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha remitido a la Corte Penal Internacional dos situaciones, las de Sudán (Resolución 1593 de 31 de marzo de 2005) y Libia (Resolución 1970 de 26 de febrero de 2011). Ninguno de estos países es parte del Estatuto, pero ello no es obstáculo para que el Consejo remita el caso a la Corte. Como ambos países son miembros de la Organización de las Naciones Unidas no hay duda que se encuentran obligados por las resoluciones del Consejo de Seguridad. En los dos casos se han decretado órdenes de arresto contra los gobernantes de ambos países, pese a tratarse de jefes de Estado en ejercicio, y se han despachado esas órdenes a los países partes del Estatuto.

Como era de esperar, en el caso de Sudán no ha habido cooperación de parte del país para entregar a su Jefe de Estado; en el de Libia, es claro que Gaddafi tampoco se entregará voluntariamente a la Corte. Países como Chile han respondido positivamente a la obligación de cooperar. Es así como el 24 de diciembre de 2010 el Presidente de la Corte Suprema chilena decretó orden de arresto contra Omar Al Bashir en el caso de que éste visite el país.

Los casos señalados plantean dos problemas. En primer lugar está el problema de la inmidad de los Jefes de Estado en ejercicio, que debe ser reconocida por los tribunales internos de países extranjeros. El punto ni siquiera es tratado en la decisión del Presidente de la Corte Suprema chilena pero se trata de una cuestión que en doctrina es controvertible.<sup>4</sup> Existen dos interpretaciones diferentes sobre la vigencia de las inmunidades *ratione personae* en el contexto de las obligaciones de cooperación de los Estados partes en el Estatuto de Roma. Tanto la decisión de la House of Lords en el caso Pinochet (24 de marzo 2009) como la Corte Internacional de Justicia en el caso Yerodia, afirman que todavía no existe una norma de derecho internacional que permita levantar la inmunidad *ratione personae*. La opinión contraria es que, en el caso de la Corte Penal Internacional, en atención a que ante ella no cabe la inmunidad *ratione personae*, la misma tampoco es obstáculo para dar cumplimiento a la obligación de cooperar. En todo caso, este artículo no se extenderá sobre este tema que excede el ámbito de la discusión sobre el principio de complementariedad, pero en la medida en que las órdenes de arresto decretadas por la Corte respecto de los Presidentes de Sudán y Libia se

<sup>4</sup> La decisión del Presidente de la Corte Suprema de fecha 24 de diciembre de 2010 se puede encontrar en: [http://www.poder-judicial.cl/modulos/InformacionCausas/INF\\_causas\\_corte\\_supr.php?opc\\_menu=7&opc\\_item=1](http://www.poder-judicial.cl/modulos/InformacionCausas/INF_causas_corte_supr.php?opc_menu=7&opc_item=1).

solicita que ellas sean cumplidas por Estados partes en el Estatuto, se puede apreciar escasa deferencia hacia lo que el derecho internacional general y el derecho interno de esos Estados puedan decir respecto de la inmunidad *ratione personae*. Nouwen y Albanese (Nouwen y Albanese, 2009) afirman que en este punto la Corte ha violado su propio Estatuto. Específicamente, el artículo 98(1) que dispone que:

La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

Nuevamente, este es un punto que se debe tener presente al evaluar cómo se relaciona la Corte con los sistemas jurídicos nacionales y con las limitaciones que establece el derecho internacional general.

El otro aspecto que hay que tener presente se relaciona directamente con el principio de complementariedad del Artículo 17 del Estatuto. En principio, podría darse la situación de que, en el caso que los gobernantes de estos países sean derrocados o abandonen el poder por otras causas, la justicia interna del país respectivo quisiera entrar a conocer de los crímenes internacionales de que son acusados.. El Estatuto no

señala expresamente si el principio de complementariedad es aplicable en los casos de remisión de situaciones por el Consejo de Seguridad (Schabas, 2010: p. 301). Se puede sostener que el principio también se aplica a los casos que el Consejo de Seguridad remite una situación a la Corte en atención que el Artículo 13 señala que la Corte «podrá» conocer de una situación que le remite el Consejo de Seguridad pero no está obligada a hacerlo. De hecho, el Artículo 53 establece que el Fiscal siempre puede tomar la decisión de no iniciar una investigación por diversos motivos. El Consejo de Seguridad puede reclamar de esta decisión ante la Sala de Cuestiones Preliminares. Será entonces la propia Corte la que tenga la última palabra sobre si se debe iniciar o no una investigación de una situación remitida por el Consejo de Seguridad. Esto permite afirmar que el examen de admisibilidad es necesario aun tratándose de remisiones acordadas por resolución del Consejo de Seguridad.

Sin embargo, el Artículo 18 del Estatuto, que trata de las objeciones a la admisibilidad que pueden presentarse respecto de situaciones allegadas a la Corte, solo las admite cuando se trata de situaciones remitidas por Estados o investigadas *motu proprio* por el Fiscal. Es decir, pareciera que el principio de complementariedad como base para no continuar conociendo una situación remitida por el Consejo de Seguridad solo podría tener origen en una decisión del Fiscal. Es verdad que el Artículo 19 permitiría que el Estado de que se

trata planteara una cuestión de inadmisibilidad basándose en el principio de complementariedad, pero esta disposición se refiere a cuestionamientos a la admisibilidad en casos específicos y no se aplica respecto de la admisibilidad de una situación determinada.. Es decir, Libia y Sudán podrían invocar la inadmisibilidad pero tendrían que hacerlo una vez que un caso específico comience a ser investigado por la Corte. El reclamo de inadmisibilidad tendría que verse caso por caso.

Por lo tanto, es claro que se puede producir una controversia entre la voluntad del Consejo de Seguridad y la decisión de las autoridades nacionales. En la medida en que esta controversia no pudiera resolverse mediante un cuestionamiento de la admisibilidad conforme al Artículo 18 del Estatuto, se podría recurrir al Artículo 19, pero esta última disposición solo permitirá decisiones parceladas caso a caso. En este tipo de controversias, el Fiscal podría dar una solución general al problema mediante la decisión de no investigar la situación por aplicación del principio de complementariedad. Los casos a que se ha aludido más arriba permiten sostener que la Fiscalía puede recurrir a interpretaciones restrictivas del principio de complementariedad para mantener situaciones y casos bajo su investigación. Respecto de la Fiscalía actual, hay buenas razones para presumir que se negaría a declinar el ejercicio de su facultad de investigar. Además, una eventual negativa podría ser cuestionada por el Consejo de Seguridad y la

decisión final correspondería a la Corte. La forma en que pueda resolverse este tipo de controversias entre un órgano político de las Naciones Unidas y la Corte, que políticamente es autónoma pero más débil que el Consejo no es fácilmente predecible..

## 6. CONCLUSIONES

En el ejercicio del poder punitivo, ya sea del Estado o de una entidad internacional creada por un grupo de Estados, como es la Corte Penal Internacional, hay un elemento político importante que no se puede soslayar. La decisión de investigar una situación y no otra similar es una decisión política. Establecer si una investigación va o no en interés de la justicia también es una decisión política. Apremiar si un Estado ejercerá verdaderamente su poder punitivo contra personas que han cometido crímenes contra la humanidad también es una cuestión de apreciación política. Por último, la facultad del Consejo de Seguridad en ejercicio de los poderes que le entrega el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, de remitir situaciones a la Corte es claramente una concesión a la forma en que está distribuido el poder político en la comunidad internacional.

Como se dijo, en un Estado de derecho las normas jurídicas se vinculan con la idea de justicia mediante un proceso de deliberación democrática. Esta es la forma de materializar

la idea de la soberanía popular. El elemento político del ejercicio del poder punitivo del Estado puede entonces regularse internamente mediante normas que sean vistas como producto de la soberanía popular. El problema del derecho internacional es que estos elementos políticos no se pueden encauzar en procedimientos que generen normas que representen la voluntad de una comunidad política internacional (que no existe). Por lo tanto, la apreciación política de los problemas queda entregada a quien tenga el poder de decisión conforme a la distribución de poderes que existe en el ámbito internacional. En el caso específico de la Corte Penal Internacional se puede ver que la Oficina del Fiscal, el Consejo de Seguridad y la propia Corte gozan de amplio poder de decisión. En relación con la aplicación del principio de complementariedad, el Fiscal actual no ha demostrado mucha lealtad hacia el Estatuto. Respecto del Consejo de Seguridad, es discutible que le deba alguna lealtad al Estatuto de la Corte. Por último, en relación con la propia Corte, en la medida en que ella refrende las actuaciones del Fiscal, su lealtad al Estatuto será equivalente a aquella demostrada por la Fiscalía. Si la comunidad internacional no está de acuerdo con las apreciaciones políticas de estas entidades y si tampoco lo están las comunidades políticas nacionales, en vez de construir mayor legitimidad la Corte Penal Internacional, podrá ir perdiendo la que le fue entregada con la entrada en vigencia de su Estatuto.

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### *Libros*

- EL ZEIDY (2008), *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff Publishers..
- KLEFFNER (2008), *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press.
- SCHABAS (2010), *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press.
- STINGEN (2008), *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions*, Leiden y Boston.
- VAN HARTEN (2007), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press..

### *Artículos y capítulos de libro*

- ATRIA, F.(2004), «Jurisdicción e Independencia Judicial. El Poder Judicial como Poder Nulo», *5 Revista de Estudios de la Justicia*, pp. 119-141.
- BARKHUYSEN Y VAN EMMERIK (2009), «Legitimacy of the European Court of Human Rights Judgments: Procedural Aspects», en Huls, Adams y Bomhoff (eds) *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings* The Hague, pp. 437-449.
- BURKE-WHITE, W. (2008), «Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice», *19 Criminal Law Forum*, pp. 59-85.
- KHAN, P.(2001), «El derecho internacional y la comunidad», en VV.AA, *Estado de Derecho y democracia*, Buenos Aires, Editores del Puerto..
- SCHABAS, W. (2008), «Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts», *19 Criminal Law Forum*, pp. 5-33.

## Otros

CORREA, R.(2008), *International Law. The View from the Republic*. Tesis de doctorado (inédita), Yale Law School..

NAUWEN, S y Albanese, M., «Arresting Bashir: How the ICC has Violated its own Statute», 10 de marzo de 2009, en <http://africanarguments.org/2009/03/10/arresting-bashir-how-the-icc-has-violated-its-own-statute/>

## Documentos

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (2011), Opinión Consultiva sobre la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo ([www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf)). Consultado el 15 de marzo de 2011.

CORTE PENAL INTERNACIONAL (2009): Plan Estratégico para 2009-2012

([www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPProsecutorialStrategy20092013.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPProsecutorialStrategy20092013.pdf)) Consultado el 15 de marzo de 2011.

CORTE PENAL INTERNACIONAL (2006), The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, 10 de febrero..

CORTE PENAL INTERNACIONAL (2009): The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment on the Appeal of Mr. Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07 OA 8. 25 de septiembre ..

OFICINA DE LA FISCALÍA (2006), 'Report on the Activities Performed during the First Three Years (June 2003-June 2006), 12 de septiembre, p. 7.