

VIEJOS RETOS Y NUEVAS AMENAZAS PARA EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL: DEL SENTIDO E IMPORTANCIA ESTRUCTURALES DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y DEL DEBER DE COOPERAR CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Javier Chinchón Álvarez
*Profesor Titular acreditado
de Derecho internacional público
Universidad Complutense de Madrid*

I. PUNTO DE PARTIDA: EL “SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL”

De entre la multitud de ejemplos disponibles, valga acudir a una mención reciente para perfilar la cuestión sobre la que quisiera exponer algunas reflexiones. Hace unos pocos meses el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas afirmaba que “la lucha contra la impunidad y para asegurar la rendición de cuentas por los actos de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otros crímenes atroces se ha reforzado gracias a la labor sobre esos crímenes y el enjuiciamiento de los responsables llevados a cabo en el sistema de justicia penal internacional, los tribunales especiales y mixtos y las salas especializadas de tribunales nacionales”¹. A lo que añadía un reconocimiento expreso “de la contribución que, de conformidad con el principio de la complementariedad respecto de las jurisdicciones penales nacionales enunciado en el Estatuto de Roma, ha hecho la Corte Penal Internacional para que los

¹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 2171(2014), de 21 de agosto, p. 3.

responsables de tales crímenes rindan cuentas”². Terminando, en lo que nos ocupa, por reiterar “su exhortación a los Estados para que brinden a la Corte y a esos tribunales su importante contribución de conformidad con las respectivas obligaciones de los Estados”³.

Como premisa, es indiscutible la transcendencia de la proliferación de nuevos mecanismos para aplicar las disposiciones del Derecho internacional penal; o por mejor decir, para hacer realidad lo que puede entenderse como su pieza fundamental; a saber, que: “toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción”, por parafrasear el primero de los ya clásicos Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg⁴. Es decir, el cimiento y la clave del sistema y de otros muchos documentos esenciales, como el texto inicial del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1951⁵, del Proyecto aprobado en 1954⁶, o del definitivo

² *Idem.*

³ *Idem.*

⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1950.

⁵ “*Article 1.* Offences against the peace and security of mankind, as defined in this Code, are crimes under international law, for which the responsible individuals shall be punishable.” This article is based upon the principle of individual responsibility for crimes under international law. This principle is recognized by the Charter and judgment of the Nürnberg Tribunal, and in the Commission’s formulation of the Nürnberg principles it is stated as follows: “Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefore and liable to punishment.” *Yearbook of the International Law Commission* 1951, vol. II, pp. 134-135.

⁶ “*Article 1.* Offences against the peace and security of mankind, as defined in this Code, are crimes under international law, for which the responsible individuals shall be punished. *Comment.* The Commission decided to replace the words “shall be punishable” in the previous text by the words “shall be punished” in order to emphasize the obligation to punish the perpetrators of international crimes. Since the question of establishing an international criminal court is under consideration by the General Assembly, the Commission did not specify whether persons accused of crimes under international law should be tried by national courts or by an international tribunal”. *Yearbook of the International Law Commission* 1954, vol. II, p. 150

de 1996⁷. En consecuencia y desde un enfoque general, resulta pues plenamente suscribible la consideración, tantas veces subrayada, de que “[t]he emergence of an international system of criminal justice represents one of the few bright spots in the recent history of international law”⁸.

Ahora bien, esta realidad —o su fulgor— temo que a veces hace perder cierta perspectiva acerca de la que fue, es y seguramente habrá de ser, la esencia del propio sistema de justicia penal internacional. Dicho en otras palabras, si se examina no sólo su pasado, sino también su presente y probable futuro, creo que es importante incidir en algo que quizá pueda parecer conceptualmente contradictorio: el “sistema de justicia penal” ni ha sido, ni es, ni al momento está siquiera formalmente concebido como un sistema sustentando en organismos de naturaleza estrictamente internacional. Por más decir, este tipo de mecanismos son no sólo una parte más del sistema, sino que se corresponden con la pieza minoritaria o excepcional, en distintos sentidos, del mismo.

Al respecto, es cierto que suele recordarse algo que de hecho figura en la Resolución antes citada; esto es, que no otros que los mismos “Es-

⁷ “Artículo 2. Responsabilidad individual. 1. Un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual. (...) Comentario. 1) El principio de la responsabilidad individual por los crímenes de derecho internacional quedó claramente establecido en Nuremberg. El estatuto del Tribunal de Nuremberg estableció el procesamiento y castigo de las personas que hubieran cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. El Tribunal de Nuremberg confirmó la aplicabilidad directa del derecho penal internacional respecto de la responsabilidad y el castigo de los individuos por violaciones de ese derecho: “Se ha alegado que el derecho internacional se ocupa de las acciones de Estados soberanos y no prevé el castigo de los individuos [...] En opinión del Tribunal, debe rechazarse tal alegación. Hace mucho tiempo que se ha reconocido que el derecho internacional impone derechos y obligaciones a los individuos así como a los Estados”. El Tribunal de Nuremberg llegó también a la conclusión de que “puede castigarse a los individuos por violaciones del derecho internacional”. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 1996, p. 21.

⁸ F. Jessberg y J. Geneuss, “Down the Drain or Down to Earth? International Criminal Justice under Pressure”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, núm. 3, 2013, p. 501.

tados [son los que] tienen la responsabilidad de cumplir sus obligaciones pertinentes de poner fin a la impunidad y, con ese propósito, de investigar exhaustivamente y procesar a las personas responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra u otras violaciones graves del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos”⁹. Sobre esta obligación, cabría decir que precisamente su materialización, su traslado de lo formal a la práctica plena y constante, siempre ha sido uno de los principales retos del sistema. Sin embargo, creo que desde hace años y cada vez más, es importante volver a este viejo reto pero atendiendo a algunas de sus nuevas dimensiones; esto es, insistir en la importancia y valor, cada más acuciante, de este “recordatorio”, como ya veremos que paradigmáticamente acaba de hacer —o tener que hacer— la misma Corte Penal Internacional (CPI)¹⁰. Y ello no —o no sólo— por un ánimo teórico o formal, sino porque en mi opinión, si tanto en lo jurídico como en lo material se olvida quienes son los principales “guardianes del Derecho internacional”¹¹, quienes están llamados a perseguir “en nombre de la Comunidad Internacional” crímenes que por su naturaleza atentan contra sus víctimas, pero también contra la misma Comunidad Internacional en su conjunto¹², el riesgo a afrontar bien pudiera ser el de condenar al fracaso o colapso generales al propio sistema de justicia penal internacional.

Será a esta cuestión entonces a la que dedicaremos las próximas páginas.

⁹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 2171(2014), de 21 de agosto, p. 3.

¹⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Informe de la Corte Penal Internacional”, Documento de las Naciones Unidas: A/69/321, 18 de septiembre de 2014. Para más datos, véase el último apartado de esta contribución.

¹¹ Corte Suprema de Israel, *Caso Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Supreme Court of Israel (sitting as a Court of Criminal Appeal), 29 de mayo de 1962, en *International Law Reports*, vol. 36, 1968, p. 304.

¹² J. Baucells Lladós y E. Hava García, “Posibilidades y límites del Principio de Justicia Universal: el caso de Acteal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 19, p. 120.

II. CONTEXTUALIZACIÓN GENERAL: DE LA EXCEPCIÓN Y DE LA REGLA

Aunque en este momento la referencia pudieran ser, más que los propios Tribunales *ad hoc*, los conocidos como Mecanismos Internacionales Residuales para los Tribunales Penales, según la terminología oficial del Consejo de Seguridad¹³, no cabe duda de que el establecimiento en 1993, casi cincuenta años después de los Tribunales de Nuremberg y Tokio y tras décadas de insoportable inacción¹⁴, del Tribunal para la exYugoslavia, del primer Tribunal Penal Internacional en sentido estricto, fue un hito de una importancia sobresaliente. De hecho, la primera sentencia de este Tribunal fue considerada por la Jueza Kirk-McDonald como la primera relativa a graves crímenes de derecho internacional de un “tribunal internacional”¹⁵. En consecuencia, no ha de extrañar que tras el fin de la Guerra Fría y singularmente a partir del hecho señalado, sea común la consideración de que finalmente se hizo posible un cambio sin precedentes en la actuación tendente a hacer real la persecución y castigo de los responsables de los más graves crímenes de derecho internacional¹⁶.

¹³ Véase, Consejo de Seguridad, Resolución 1966 (2010), de 22 de diciembre de 2010.

¹⁴ En este sentido, pueden recordarse, entre muchas otras, las desoídas peticiones de creación de mecanismos jurisdiccionales internacionales para la sanción de los responsables de crímenes de derecho internacional en los conflictos acaecidos, por ejemplo, en Estados como Vietnam o Irak. Al respecto, P. Tavernier: “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 144, 1997; R. Zackiln, “The Failings of Ad Hoc International Tribunals”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, núm. 2, 2004.

¹⁵ Para más datos, véase Tribunal Internacional Penal para la exYugoslavia, “First Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991”, A/49/342 - S/1994/1007, 29 de agosto de 1994, en especial punto 10.

¹⁶ Por todos, A. Cassese, “On the Current Trends toward Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law”, *European Journal of International Law*, vol. 9, núm. 1, 1998.

Con todo, y más allá del debate respecto al modo de creación de este primer Tribunal, es importante destacar que su fundamento jurídico-internacional no fue en ningún caso algo que surgiera en aquellos años. Por limitarnos a una cita de autoridad, como recordó la Comisión de Derecho Internacional: “el principio de la responsabilidad individual y del castigo de los crímenes de derecho internacional reconocido en Nuremberg es la piedra angular del Derecho penal internacional. Este principio es el duradero legado del Estatuto y las sentencias de Nuremberg, que confiere sentido a la prohibición de los crímenes de derecho internacional al garantizar que los individuos que comentan tales crímenes incurran en responsabilidad y puedan ser castigados. El principio de la responsabilidad individual y el castigo por los crímenes de derecho internacional fue reafirmado en el Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991 (...) y en el Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables del genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas de 1994 y el 31 de diciembre de 1994...”¹⁷.

Al margen de la notable labor de compilación —no de codificación *stricto sensu*— que se realizó en los Estatutos de ambos Tribunales, a lo que entonces asistimos fue, en suma, al establecimiento de nuevos mecanismos o cauces para hacer real un principio y conjunto de obligaciones de *larga data* cuyo destinatario primero fue —y es— cada una de las jurisdicciones estatales. Y en este mismo orden de ideas, es preciso recordar que la creación de estos dos Tribunales, aun dentro de su primacía jurisdiccional dispuesta en los artículos 9.2 y 8.2 de sus Estatutos, respectivamente, de ningún modo alteró el clásico patrón dual de aplicación del Derecho internacional penal. De tal suerte que junto a los procesos habidos ante aquellas instancias internacionales se realizaron y realizan otros en los tribunales internos de aquellos u otros Estados; tal

¹⁷ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 1996, p. 21.

y como había ocurrido ya hacía décadas respecto a algunos de los crímenes internacionales cometidos en o durante la Segunda Guerra Mundial. En menos palabras, estos Tribunales *ad hoc* en caso alguno tenían como objeto o fin el enjuiciamiento de todos los responsables de los crímenes internacionales cometidos: esa era y es la obligación de, como mínimo, el Estado o Estados donde se cometieron, tal y como rezan todas y cada una de las normas convencionales en la materia. El hecho es, en fin, que en lo excepcional de aquellas circunstancias, lo que con estos Tribunales se buscó fue un sistema (más) adecuado para la investigación y enjuiciamiento de una serie —acotada *de facto* o *de iure*— de casos.

Como es sabido, apenas dos años después y coincidiendo casi en paralelo con algunos de los procesos judiciales internos que supusieron un enorme impulso del Derecho internacional penal —siendo España referente indiscutible¹⁸, se aprobó el Estatuto de la CPI¹⁹; cuya entrada en vigor, el 1 de julio de 2002, determinaría su general competencial temporal²⁰. La vocación universal y naturaleza permanente de la CPI, aunque complementaria de los tribunales internos²¹ —tres características que la alejan completamente de los Tribunales *ad hoc*—, la dotaron de una significación especialmente reforzada, al punto de ser conside-

¹⁸ Para un repaso sobre este particular, M. Ollé Sesé, *Justicia universal para crímenes internacionales*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, en especial pp. 56 y ss.

¹⁹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, en *BOE* de 27 de mayo de 2002.

²⁰ A tenor del artículo 11 del Estatuto: “1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. 2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.” De otro lado, en este punto no debe olvidarse lo dispuesto en el artículo 124. Respecto a los hechos cuya ejecución hubiera comenzado con anterioridad, pero tengan naturaleza continuada/permanente, la regla prevista en los Elementos de los Crímenes es que el crimen sólo será de la competencia de la Corte si el hecho se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto.

²¹ Sobre este particular, consúltense páginas siguientes.

rada como una “auténtica revolución para el Derecho internacional”²²; valorándose también y de otro lado, como un paso muy destacado en y para la institucionalización de la Comunidad Internacional. De este modo, el establecimiento de la CPI fue celebrado como un verdadero “hito histórico” que vino a ratificar final y definitivamente “la criminalización de la barbarie”, por recordar el título de una excelente obra al respecto²³. En síntesis, el sentir general fue que: “the emergence of ICC [was] the watershed development in the field of international justice”²⁴.

Ahora bien, hay que recalcar que lo excepcional que fue la aprobación del Estatuto de la CPI se extiende a su propio funcionamiento o razón de ser: desde el principio y hasta la fecha. Así, si con carácter general suele afirmarse que el Derecho penal supone, o ha de suponer, siempre la *ultima ratio*, en lo institucional la actuación de la CPI como mecanismo o cauce de aplicación del Derecho internacional penal debe entenderse como algo parecido al “excepcional y ultimísimo recurso”. Ello así, de salida, en base al general —ciertamente complejo y no carente de riesgos²⁵— principio de complementariedad ya enunciado en el Preámbulo de su Estatuto²⁶ y desarrollado en sus artículos 1, 17, 18, 19 y 20 considerados de forma sistemática, al que luego volveremos. Pero además, la CPI está llamada a activar su competencia solamente respecto a aquellos crímenes que superen lo que generalmente se denomina como el “umbral de gravedad”; esto es, respecto a los genocidios, crímenes contra la

²² Véase el Prólogo de Rodríguez Carrión y Pueyo Losa a la obra de I. Lirola Delgado y M. M. Martínez Martínez, *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001.

²³ J. A. Carrillo Salcedo (coord.), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

²⁴ D. Tripathi, *International Criminal Court, Article 98(2) and Bilateral Immunity Agreement*, Forhid, Kathmandu, 2011, p. 5.

²⁵ Para una primera aproximación en este sentido, A. Sánchez Legido, “Diez años de Derecho internacional penal”, en J. Soroeta Liceras (ed.), *Los Derechos Humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen X*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 294-301.

²⁶ “La Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”

humanidad y, sin duda, crímenes de guerra²⁷ (y en algún momento sobre los crímenes de agresión²⁸) que por parafrasear el artículo 17.1.d) de su Estatuto, sean además de una “gravedad suficiente”²⁹. A lo que habrá que agregar que aun cumplido todo lo anterior, la Fiscalía de la CPI podrá también decidir no iniciar una investigación cuando se estime

²⁷ Artículo 8. Crímenes de guerra. 1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra, en particular, cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

²⁸ Al respecto, K. Ambos, *El crimen de agresión después de Kampala*, Dykinson, Madrid, 2011.

²⁹ En detalle, el 17 señala que: “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 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.”

que “existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”, según reza el más que refractario artículo 53.1.c) de su Estatuto.

Dejando ahora al margen otras piezas del sistema, como lo previsto por el artículo 16 del Estatuto³⁰ —de especialidad actualidad tras la tan poco edificante posición adoptada recientemente por la Organización de la Unidad Africana³¹—, valga retener entonces que tal y como subrayó Hector Olásolo, la CPI se configura como una instancia jurisdiccional de *ultima ratio* cuya actividad se circunscribe a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes que menoscaban de manera más grave los valores superiores de la Comunidad Internacional y que además superan cierto “umbral de gravedad”; resultando en fin y de manera inmediata, que: “las jurisdicciones nacionales continú[a]n siendo la única instancia para perseguir penalmente aquellos crímenes (...) que se cometan de

³⁰ “En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.”

³¹ En concreto: “The African Union has decided to set up a contact group of the Executive Council to undertake consultations with the members of the United Nations Security Council (UNSC), in particular, its five permanent members, with a view to engaging with the UNSC on all concerns of the AU on its relationship with the ICC, including the deferral of the Kenyan and Sudanese cases, in order to obtain their feedback. This should be done before the expected beginning of the trial of the Kenyan President at the International Criminal Court. AU Chairperson Mr Haile Mariam Desalegn said “if the request does not a response, Heads of State agreed to request postponement of the trial”. The Assembly also agreed that Kenya should send a letter to the UNSC requesting the deferral, in conformity with Article 16 of the Rome statute, of the proceedings against the President and Deputy President of Kenya. This letter would be endorsed by all African States parties.” Para más datos, <http://summits.au.int/en/icc/events/africa-request-deferment-indictments-against-kenyan-president-and-vice-president>

manera aislada [o que] constituy[e]n casos esporádicos”³². De este modo, si por el momento nos quedásemos sólo aquí, la meta y el reto en este escenario acotado no sería más que el clásico: lograr que esas jurisdicciones cumplan con sus obligaciones. Si bien, desde una perspectiva más amplia, en el inicio mismo del Preámbulo del Estatuto de la CPI se afirmaba algo que como ya adelantamos, de un modo más o menos expreso temo que venimos corriendo el riesgo de terminar olvidando; esto es, la *regla general*: que siempre y en todo caso, con un “umbral de gravedad” u otro, es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes de derecho internacional.

Si siguiésemos este sumario examen temporal, en una faceta institucional cabría hacer referencia ahora a otra de las dimensiones que se recogían en la Resolución que citamos al inicio, es decir, a lo que se han solido calificar como tribunales híbridos, mixtos, internacionalizados o tribunales internacionales nacionalizados, cuyo ejemplo más reciente cabe situar en el caso de la República Centroafricana³³. También y singularmente a los conocidos como Tribunales Especiales Internacionales, según la definición al uso de mecanismos con el instituido en El Líbano³⁴. Pudiendo señalar en esta misma línea, la particular pertinencia del

³² H. Olásolo, “Análisis del caso Couso a la luz del Estatuto de Roma”, *REDUR*, núm. 5, diciembre 2007, p. 77.

³³ Véase: http://jurist.org/paperchase/2015/04/central-african-republic-government-establishes-special-criminal-court.php?utm_source=CICC+Newsletters&utm_campaign=78b2c25460-4_24_15_GlobalJustice_Weekly&utm_medium=email&utm_term=0_68df9c5182-78b2c25460-408795633&ct=t%284_24_15_GlobalJustice_Weekly%29&utm_source=CICC+Newsletters&utm_campaign=6e2e506870-5_1_15_GlobalJustice_Weekly&utm_medium=email&utm_term=0_68df9c5182-6e2e506870-408799845&ct=t%285_1_15_GlobalJustice_Weekly%29

³⁴ Al respecto, puede verse como referencia documental clave: Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1757 (2007), Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1757, 30 de mayo. Para un rápido repaso al desarrollo histórico de este mecanismo: <http://www.un.org/spanish/News/focus/tslibano/timeline.shtml>. Para una primera aproximación y valoración relativas a su inicial creación, A. Martínez Guerra, “Comentarios sobre el informe del secretario general de la ONU sobre el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional para el Líbano”, en *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 4, 2006.

análisis sobre el balance de lo llevado a cabo por algunos de ellos, como el Tribunal Especial para Sierra Leona, cuyo mandato está por concluir³⁵. Con todo, en lo que nos interesa ahora, lo que resulta evidente es que todos ellos comparten una característica que en lo general, ya hemos destacado en los casos anteriores: se corresponden con mecanismos excepcionales que precisamente vienen a responder a hechos o situaciones extraordinarias. A partir de ellas, el o los Estados en cuestión acuerdan, solicitan o aceptan distintos grados de asistencia para, en fin, aplicar sus obligaciones internacionales en materia de sanción de los más graves crímenes internacionales. Las mismas que en una situación no excepcional, tendrían que ser cumplidas por su sistema *ordinario* de justicia.

III. PUNTO DE LLEGADA: SENTIDO E IMPORTANCIA ESTRUCTURALES DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y DE LA OBLIGACIÓN DE COOPERAR CON LA CPI

A partir del sucinto repaso realizado, es evidente que en la actualidad, la pieza clave o referencia fundamental en cuanto a mecanismos estrictamente internacionales es la CPI; pero a efectos expositivos, volvamos un momento a los mismos Tribunales *ad hoc*. Sobre ellos, está ampliamente extendida “la considerable contribución de [éstos] a la justicia y la rendición de cuentas en el plano internacional respecto de los crímenes internacionales graves y al restablecimiento del estado de Derecho”³⁶. Dicho en una formulación más acotada, la del Juez Meron, la clave aquí no sería cuántos casos puedan tratar o haber tratado estos Tribunales internacionales, sino el profundo mensaje que de su existencia misma se deriva y la promoción del Derecho que han supuesto sus

³⁵ Al respecto, F. Donlon, “The Transition of Responsibilities from the Special Court to the Residual Special Court for Sierra Leone. Challenges and Lessons Learned for Other International Tribunals”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, núm. 4, 2013.

³⁶ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1966 (2010), Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1966, de 22 de diciembre.

Estatutos y su práctica. De hecho y en lo más específico, para Meron lo fundamental se encuentra en “el eventual miedo de los Estados a que tales Tribunales puedan arrogarse un derecho preferencial con respecto a los procedimientos nacionales, [lo que] podría también surtir efectos positivos para estimular los procedimientos ante los tribunales nacionales por graves [crímenes de derecho internacional]”³⁷. En este orden de ideas, y por dar mención expresa a la CPI, Joseph M. Isanga recientemente concluía que: “... from a qualitative standpoint, the ICC has made important contributions to the achievement of the objectives of international criminal law. If most of the objectives of criminal justice have not yet been attained by the ICC, at least one of them was achieved-deterrence”³⁸.

Ahora bien, aunque desde una perspectiva general lo anterior puede compartirse en un grado mayor o menor³⁹, si se pasa de lo cualitativo a lo cuantitativo siguiendo las consideraciones de Meron, es importante destacar un dato que se ha venido esgrimiendo reiteradamente y con especial énfasis en cuanto a la CPI; un dato que a primera vista es sin duda llamativo: han sido necesarios más de diez años de trabajo por parte de la Corte hasta llegar a su primera sentencia. Sin poder detenernos en los detalles del conocido como *caso Lubanga*⁴⁰, a mi entender la cuestión a

³⁷ T. Meron, “International Criminalization of Internal Atrocities”, *AJIL*, vol. 89, núm. 3, 1995, p. 555. Para la traducción en castellano, C. Maina Peter, “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 144, 1997.

³⁸ J. M. Isanga, “The *International Criminal Court ten years later: appraisal and prospects*”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 21, 2013, p. 320.

³⁹ Para un interesante ejemplo, I. Tallgren, “The Sensibility and Sense of International Criminal Law”, en *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 3, 2002.

⁴⁰ Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, Caso núm. ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012. Para un examen del mismo, K. Ambos, “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (*Prosecutor v. Lubanga*): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, *InDret*, núm. 3/2012. Sobre la posterior decisión sobre reparaciones (*Prosecutor v. Lubanga Dyilo. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, Caso núm. ICC-01/04-01/06, 7 de agosto de 2012), A. G. López Martín, “Primera

destacar es que sin olvidar las limitaciones competenciales ya señaladas, aun dentro de ellas hay que tener siempre presentes tanto la notable complejidad propia a la realización de una investigación respecto este tipo de hechos, como muy especialmente: en primer lugar, lo limitado de los recursos de la CPI; y en segundo, que sin la cooperación efectiva de los Estados, la Corte carece de posibilidades reales de llevar adelante su labor.

Por ofrecer algunos elementos de valoración respecto a lo primero, y sin entrar en las grandes cifras, baste repasar los últimos Informes Anuales de la CPI. Así, en el relativo a 2010-2011 se subrayaba que “el creciente número de causas y la remisión de una nueva situación por el Consejo de Seguridad han intensificado la presión sobre los recursos disponibles para la Corte”⁴¹; un año después, se destacaba la importancia esencial de la “asignación de recursos suficientes” a la CPI⁴²; en cuanto al informe de 2012-2013, en él se señalaba que “[t]he case load of the Court continues to increase”⁴³; consideración que se reiteraba en el último informe disponible (2013-2014)⁴⁴, en cuya discusión se puso también sobre la mesa que “[a] pesar de la clara orientación que proporcionan el párrafo b) del artículo 115 del Estatuto de Roma y el párrafo 2 del artículo 13 del Acuerdo de Relación entre las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional, en el sentido de que las Naciones Unidas

sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: Caso *The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo*, 7 de agosto de 2012”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, núm. 2, 2013.

⁴¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Informe de la Corte Penal Internacional”, Documento de las Naciones Unidas: A/66/309, 19 de agosto de 2011, p. 2.

⁴² Asamblea General de las Naciones Unidas, “Informe de la Corte Penal Internacional”, Documento de las Naciones Unidas: A/67/308, 12 de agosto de 2012, p. 22.

⁴³ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Report of the International Criminal Court”, Documento de las Naciones Unidas: A/68/314, 13 de agosto de 2013, p. 2.

⁴⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Informe de la Corte Penal Internacional”, Documento de las Naciones Unidas: A/69/321, 18 de septiembre de 2014, p. 24.

deben hacerse cargo del costo de las investigaciones y los procesamientos que deriven de remisiones efectuadas por el Consejo de Seguridad, la Asamblea se ha limitado a reconocer el hecho de que esos gastos han sido soportados exclusivamente por los Estados partes en el Estatuto de Roma⁴⁵. En paralelo, y sin poder concretar cuál pudiera ser el número total de casos que (lamentablemente) la Corte podría o debería estar atendiendo, frente a las situaciones y causas que en la actualidad están siendo objeto de la directa actuación de la CPI resulta ilustrativo recordar que según los propios datos de la Fiscalía, a fines de 2012 se habían recibido cerca de diez mil comunicaciones respecto a crímenes potencialmente bajo su competencia⁴⁶. Por seguir en el ámbito de la Fiscalía y aportar un último dato, conviene también recordar que en el Plan Estratégico de la Oficina de la Fiscalía de la CPI (2012-2015) se concluía, en fin, que: “[t]he Office is unable to perform high quality preliminary examinations, investigations and prosecutions without a substantial increase in resources”. Resultando que: “the lack of resources is the most critical factor to ensure that the Office will successfully face the new challenges and the demand on the Office”⁴⁷.

En cuanto al segundo aspecto señalado, y sin poder detenernos en los detalles y complejidades propias a situaciones/casos cuya remisión va de la mano del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁴⁸, con

⁴⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Tema 75 del programa (*continuación*). Informe de la Corte Penal Internacional. Proyecto de resolución (A/68/L.59)”, Documento de las Naciones Unidas: A/68/PV.107, 9 de septiembre de 2014, p. 28.

⁴⁶ Véase: <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/Pages/communications%20and%20referrals.aspx>

⁴⁷ Office of the Prosecutor-International Criminal Court, “Strategic plan June 2012-2015”, 11 de octubre de 2013, pp. 6 y 8, disponible en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/reports%20and%20statements/statement/Documents/OTP%20Strategic%20Plan.pdf.

⁴⁸ Para una primera aproximación sobre este particular, D. Akande, “The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, núm. 2, 2012. Para unas reflexiones de interés sobre el caso de Sudán, G. Sluiter, “Ob-

carácter general es suficiente reproducir lo afirmado en el penúltimo Informe Anual de la Corte, en tanto que a grandes rasgos es algo ampliamente reiterado en otros documentos análogos: “[t]he Court requires timely and full cooperation from States parties to assist and support the Court in its activities, including the arrest and surrender of persons, asset tracking and freezing, and victim and witness protection. The Court also needs States parties’ support for acquittals, provisional releases, the enforcement of sentences and the execution of the decisions and orders of the Court (...). It is paramount that the Court, as a judicial body, exercise its mandate in full independence. To do this, it needs strong and consistent support from the international community. It is particularly crucial that States provide timely and full cooperation to the Court in accordance with their legal obligations, and that appropriate action be taken in cases of non-cooperation”⁴⁹. Así, pese a que acertadamente se ha afirmado que la CPI depende plenamente de la cooperación de los Estados Parte para cumplir con éxito sus objetivos⁵⁰, no sería exagerado afirmar que si la “general obligación de cooperar”, por usar las palabras del Estatuto de la Corte, no se lleva a cabo a diario y a todos los niveles, la CPI sencillamente se quedará reducida a aquella expresión que siempre me pareció especialmente ilustrativa: “una (gran) cabeza sin manos”⁵¹.

Dimensionando entonces adecuadamente, en lo jurídico y en lo fáctico, el papel y capacidades de las que dispone la CPI, probablemente puede mejor comprenderse la respuesta que institucionalmente ofrece la misma Corte en lo que denomina como “Frequently Asked Questions”.

taining Cooperation from Sudan — Where is the Law?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, núm. 5, 2008.

⁴⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Report of the International Criminal Court”, Documento de las Naciones Unidas: A/68/314, 13 de agosto de 2013, pp. 2 y 21.

⁵⁰ V. Oosterveld, M. Perry, y J. Mcmanus, “The Cooperation of States With the International Criminal Court”, *Fordham International Law Journal*, vol. 25, núm. 3, 2001, p. 839.

⁵¹ K. Ambos, “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, p. 16.

Así, a la pregunta: “Will the ICC prosecute all persons suspected of committing the most serious crimes?”, en la página web oficial de la CPI se responde con un claro y sencillo: “No”⁵². Sin poder entrar en lo que sería relativo a los Estados que no han manifestado su consentimiento en obligarse por el Estatuto de la Corte, ni en conexión con ello o en general, en las luces y sombras de la vía dispuesta en el artículo 13.c) del Estatuto⁵³, ni tampoco en cuestiones como los conocidos como Acuerdos Bilaterales de Inmunidad⁵⁴, la clave es que en todo caso la CPI es una institución limitada —para algunos “imperfecta e incompleta”⁵⁵—, diseñada para sólo actuar respecto a unos supuestos excepcionales, singularmente restringidos. Supuestos, además, cuya premisa general es, como ya adelantamos, que ante ellos los Estados hayan demostrado no

⁵² http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/about%20the%20court/frequently%20asked%20questions/pages/faq.aspx.

⁵³ “La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.” En relación con el deber de cooperar en estos casos, véanse las referencias citadas *supra*.

⁵⁴ Para una fuente de información general, pueden verse <http://www.iccnw.org/?mod=bia&lang=es> y http://www.law.georgetown.edu/library/research/guides/article_98.cfm. En la doctrina, además de las referencias anteriores, consúltese para una primera aproximación: D. Scheffer, “Article 98(2) of the Rome Statute: America’s Original Intent”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, núm. 2, 2005; C. J. Tan, “The Proliferation of Bilateral Non-Surrender Agreements among Non-Ratifiers of the Rome Statute of the International Criminal Court”, *American University International Law Review*, vol. 19, núm. 5, 2003.

⁵⁵ L. Condorelli y T. Boutruche, “Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Are They Necessary?”, en C. P. R. Romano, A. Nollkaemper y J. K. Kleffner (eds.), *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

“estar dispuestos a llevar a cabo una investigación o enjuiciamiento o [que] no pueda realmente hacerlo”⁵⁶.

Ahora bien, aunque como hemos visto, resulta indudable que incluso respecto del reducido número de casos sobre los que la Corte podría activar su competencia, siempre será precisa la más amplia y completa cooperación internacional para poder alcanzar resultados tangibles, a mi entender, previo a ello y/o incluso mucho más importante que ello, es que los Estados *cooperen* con la Corte en un sentido diferente. En esencia, me refiero a la imperiosa necesidad de que los Estados redoblen sus esfuerzos para cumplir, ya destacamos, el viejo reto, la *regla general*: su obligación de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, desde luego atendido al principio de territorialidad, pero también a los generalmente definidos como principios de atribución de jurisdicción penal extraterritorial; y junto a ello y de otro lado, exigiendo en la vía interestatal las responsabilidades derivadas del incumplimiento de tal obligación. Ello es fundamental en la general lucha contra la impunidad, pero en lo que aquí ocupa lo es también y especialmente como pieza clave dentro del actual diseño estructural del sistema de justicia penal internacional. Y es que tal y como hemos ido exponiendo, si pese a su restringida competencia, queremos que la CPI no termine convirtiéndose en una institución prácticamente inoperativa, si el objetivo es, en corto, que pueda obrar y hacer su efecto, en mi opinión han de ser mismos los Estados los que hagan todo lo posible para, antes de nada, limitar al máximo los casos o situaciones en los que haya que concluir que ninguna jurisdicción estatal competente quiere o puede investigar esos hechos. Reduciendo así y en fin, el “creciente número de causas” que ya citamos, y de este modo, quedando reservados los limitados recursos y posibilidades de la CPI para aquello que es el final objetivo que le corresponde, como pieza de cierre de todo el sistema.

Formulado lo anterior en términos estructurales: la verdadera efectividad del sistema de justicia penal internacional que conocemos debería descansar en una suerte de red en la que ante la comisión de un crimen internacional, su/s autor/es fueran inmediatamente perseguidos por los

⁵⁶ Artículo 17.1.a).

tribunales de justicia nacionales, comenzando —si se quiere— por los del Estado donde se cometiera y continuando por el resto de jurisdicciones internas de toda la Comunidad Internacional, contra la que con ese crimen también se ha atentado. A partir de aquí, sería en aquellos casos (excepcionales) en que todo ello fallase cuando la CPI vendría a jugar su papel capital, cegando de este modo toda posibilidad de que el crimen permaneciese en la impunidad, lo que además y como es sabido, supondrá una de las mejores garantías para evitar “la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”, como bien se ha dicho⁵⁷.

Podría añadirse en este punto que en aquellos casos en que aun estando dispuesto a ello, el Estado o los Estados no pueden realmente llevar adelante las investigaciones y enjuiciamientos debidos, una vía alternativa —o de descarga— a la CPI siempre pudiera ser el establecimiento de uno u otro mecanismo *ad hoc*, sea estrictamente internacional o de naturaleza híbrida, en la línea que ya señalamos *supra*. Esta cuestión abriría otro debate que entre otros muchos particulares plantearía no sólo la pertinencia de tal posibilidad, sino su absoluta necesidad, en tanto así (también) la CPI podría concentrar todo su potencial en los casos en que no quedara posibilidad o alternativa alguna⁵⁸. Pero sea como

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, Núm. 163, párrs. 287-289.

⁵⁸ A modo de ejemplo y en relación con un caso especialmente complejo y polémico, como hemos visto en la Cumbre Extraordinaria de la Organización de la Unidad Africana celebrada a fines del año pasado, véase Human Rights Watch, “Establishing a Special Tribunal for Kenya and the Role of the International Criminal Court”, 25 de marzo de 2009, disponible en <http://www.hrw.org/news/2009/03/25/establishing-special-tribunal-kenya-and-role-international-criminal-court> <http://www.hrw.org/news/2009/03/25/establishing-special-tribunal-kenya-and-role-international-criminal-court>. Con carácter más general, S. Salinas Alcega, “Los Tribunales Penales Mixtos como instrumentos en la lucha contra la impunidad por la Comisión de Crímenes Internacionales”, en J. Soroeta Licerias (ed.), *Los Derechos Humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen X*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009.

fuere, lo que en mi opinión se impone como elemento fundamental es que tras realizar la distinción precisa, el punto de atención crítico ha de ser el caso o casos en que los Estados pueden pero no están dispuestos a llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento debidos. Tanto para que ello no ocurra como para abogar por las reformas legales internas, de ser precisas, tendentes a reducir lo más posible estos supuestos.

En este sentido, la cuestión más preocupante es que a mi entender, parece que estamos transitando precisamente en la dirección contraria. Al respecto, son bien conocidos una serie de hechos que con un punto de partida que suele situarse hace aproximadamente una década larga, han sido calificadas como “fuertes embates” o “notables retrocesos”⁵⁹, y en cualquier caso como modificaciones dentro de una general “tendencia restrictiva”⁶⁰, en la que además y en lo más reciente, tribunales como los nuestros se han apoyado para agregar restricciones adicionales⁶¹. Aunque para otros, en algunos ámbitos se trataría en realidad de positivos avances, en tanto que responderían a lo que se considera como objetivo a lograr; esto es, que: “... the exercise of universal jurisdiction ought to be removed from the States and be conferred on the ICC in its entirety”⁶². Ahora bien, más allá de las diversas modalidades concretas de esta suerte de retracción general de las jurisdicciones estatales, la clave es que en un alto porcentaje tienen como tronco común el discurso o justificación oficial de que, en corto, la persecución de los crímenes internacionales es una cuestión propia de la CPI. Pero no, obviamente, queriendo apuntar con ello a su competencia material, sino en el sentido de es la CPI la que debe ocuparse de ese particular, y no así los tribunales estatales.

⁵⁹ C. Márquez Carrasco y M. Martínez Martín, “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento español. Pasado, presente y futuro”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 11, 2011, p. 254.

⁶⁰ R. A. Alija Fernández, “El alcance de la jurisdicción universal a la luz de la evolución de la práctica estatal”, *Tiempo de Paz*, Núm. 112, 2014.

⁶¹ Como ejemplo más cercano, en el momento de edición de este artículo véase Tribunal Supremo de España, Sentencia Núm. 296/2015, de 6 de mayo de 2015.

⁶² D. V. Hoover, “Universal Jurisdiction not so Universal: A Time to Delegate to the International Criminal Court”, *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, Paper Núm. 52, 2011, p. 19.

Dentro del espacio disponible, valga apuntar a la reciente experiencia española como ejemplo evidente de la tendencia señalada; si bien, no reiteraré aquí mis impresiones sobre ella ni en lo más general, acerca del principio de jurisdicción universal⁶³. En lo que nos ocupa, entiendo que mejor ilustra el aspecto más concreto a destacar, hechos como la posición del informe del Ministerio Fiscal español en el conocido como caso de La Flotilla de la Libertad. En él y con apoyo en el más que discutible artículo 7.2 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional⁶⁴, se defendía la siguiente interpretación: “El art. 17 del [Estatuto de la CPI] permite el ejercicio de la CPI en caso de conflicto con un Estado bien por el ejercicio de la jurisdicción en virtud del principio de territorialidad bien por el ejercicio de la jurisdicción universal cuando el Estado no quiera o no pueda atender tal acción. Nada impide interpretar la imposibilidad de ejercer la jurisdicción de forma amplia abarcando tanto supuestos de falta de voluntad política, de incapacidad material de la administración de justicia del Estado o incluso como en este caso, por impedimento legal. (...) los Tribunales españoles no ostentan jurisdicción en esta causa al concurrir con la jurisdicción de la CPI y conforme a nuestro derecho interno (art.

⁶³ Para el lector interesado en mis opiniones al respecto, con carácter general puede verse J. Chinchón Álvarez, “Jurisdicción Universal”, *Eunomia-Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7, 2014. Al hilo de la última reforma legislativa en España, J. Chinchón Álvarez, “Del intento de acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho internacional: Examen crítico 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”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año IV, número 5, 2014

⁶⁴ “Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.”

7 Ley de Cooperación con la CPI) es preferente esta última”⁶⁵. Dicho de un modo más directo, según lo anterior España habría decidido que su modo de articular en su derecho interno la Cooperación con la CPI se concretaría en que en algunos supuestos se ha establecido un impedimento legal que determinaría que España no quiere enjuiciar esos hechos, resultando que ha de ser en primer lugar, preferentemente, la CPI quien lo haga. En consecuencia, que entre otras conclusiones el Ministerio Fiscal sostuviera que se archivase el caso y comunicase “a las personas físicas y entidades querellantes de la posibilidad de denunciar ante el Fiscal de la CPI”⁶⁶.

Dejando al margen que semejante postura es difícilmente comparable⁶⁷, tras todo lo que hemos visto creo que es importante terminar subrayando la amenaza y perjuicio estructurales que suponen este tipo de aptitudes. La contradicción, en suma, que implica la tendencia que ejemplifica lo anterior frente a “la importancia esencial de las jurisdicciones internas para el funcionamiento también de las mismas instancias judiciales internacionales”, por volver al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁶⁸. Formulado de un modo más directo, valga contraponer lo anterior, la creciente actuación tendente a restringir la competencia de los tribunales estatales ante crímenes internacional, con lo tantas veces expuesto desde por ejemplo los debates en torno al entonces Proyecto de Estatuto de la CPI; es decir que: “[e]l primer principio, el de la complementariedad, debe entrar en juego cuando a los tribunales nacionales *les sea imposible enjuiciar*, de la manera deseada, a un acusado de un crimen internacional grave. Pero deben ser la jurisdicción penal

⁶⁵ Audiencia Nacional, Escrito del Ministerio Fiscal de 16 de noviembre de 2012, Diligencias Previas núm. 197/2010 del Juzgado Central de Instrucción Núm. 5, p. 17.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 19.

⁶⁷ En este sentido, Rights International Spain, “Análisis del Informe de la Fiscalía en el Asunto “Flotilla de la Libertad”: España no quiere investigar los crímenes de derecho internacional”, en *Serie de Análisis Jurídicos-JU de Rights Internacional Spain*, febrero de 2013, disponible en <http://ris.hrahead.org/areas-de-trabajo/jurisdiccion-universal/analisis-juridicos>.

⁶⁸ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1534 (2004), Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1534, 26 de marzo de 2004, párr. 9.

nacional y el sistema actual de la jurisdicción internacional universal los que deben tener primacía. *La Corte Penal Internacional no puede suplantar a los tribunales nacionales...*⁶⁹.

Y a este respecto, temo que es ilustrativo que casi una década después, la misma CPI tal y como avanzamos al inicio, en su último Informe Anual afirmase que entendía “positivo” que la Asamblea General de las Naciones Unidas recibiera información sobre la importancia de la complementariedad como “instrumento fundamental para mejorar las sinergias y lograr los objetivos comunes de que se rindan cuentas y se alcancen la paz y la justicia”⁷⁰. Comenzando su exposición precisamente con lo que sigue: “El Estatuto de Roma nunca fue pensado para reemplazar a los tribunales nacionales. Dado que los Estados tienen la responsabilidad primordial de investigar y juzgar crímenes, corresponde a la comunidad internacional promover las condiciones necesarias para que puedan llevarse a cabo procesos nacionales”⁷¹.

Cabría desde luego plantearse si consideramos más conveniente que, ya la CPI, ya uno u otro mecanismo a establecer, se ocupe de manera exclusiva y/o excluyente de la investigación, juicio y en su caso sanción de todos los posibles crímenes de derecho internacional que se pudieran haber cometido o cometer en el mundo. Incluso aceptando que ello pudiera ser deseable y materialmente posible, en mi opinión y a la luz de lo que hemos examinado, lo que es claro es que tanto en lo jurídico como en lo fáctico, esperar o sostener tal cosa hoy en día es ciertamente imposible. De tal suerte que salvo cambio radical de todo el sistema, no cabe más que subrayar, en el sentido estructural que hemos expuesto, que: “National courts are integral to both the origins and the future of international criminal justice”, tal y como recientemente han tenido que

⁶⁹ Documento de las Naciones Unidas: A/C.6/50/SR.25, p. 14. La cursiva es mía.

⁷⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Informe de la Corte Penal Internacional”, Documento de las Naciones Unidas: A/69/321, 18 de septiembre de 2014, p. 3.

⁷¹ *Ibid.*, p. 17.

(volver a) recordar expertas como Roht-Arriaza⁷². Y a partir de ello, a partir de la *regla general* del sistema, del reto que siempre ha supuesto avanzar en su completa materialización, a mi juicio hay que insistir en cuál ha de ser el primer y básico modo en que estas jurisdicciones estatales deben también *cooperar* con la misma CPI. Ello así, para evitar que el sistema de justicia penal internacional se vea amenazado —o condenado— a su fracaso; comenzando sin lugar a dudas, por el mero efecto disuasorio general que ya vimos suele atribuírsele —al menos o como mínimo— a la Corte, pues éste quedará notablemente mutilado frente a una institución que sencillamente acabará siendo percibida como, de hecho, incapaz de abrir (más) procesos eficaces.

En conclusión, temo que estamos ante un reto, viejo pero con nuevas dimensiones, que de no afrontarse adecuadamente amenaza con llevarnos al colapso práctico del sistema de justicia penal internacional ideado y construido en estos años.

⁷² N. Roht-Arriaza, “Just a ‘Bubble’? Perspectives on the Enforcement of International Criminal Law by National Courts”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, núm. 3, 2013, p. 537.