SDG
JOURNAL OF LAW AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT
ISSN: 2764-4170

LÍMITES HERMENÉUTICOS AL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UNA APARENTE APORÍA SOBRE LOS ALCANCES MATERIALES DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES

[a] Julio Francisco Villarreal, [b] Verónica Marrache Díaz, [c] Patricia Nieto Melgarejo, [d] Gilmer Alarcón Requejo

RESUMEN

Objetivo: Contrastar los alcances del principio de complementariedad en función de la dimensión de soberanía jurisdiccional nacional a partir de la jurisprudencia más relevante, en el punto, de la Corte Penal Internacional.

Metodología: se apeló a un método hermenéutico crítico, analizando la interrelación entre el principio de complementariedad y la soberanía jurisdiccional de cada Estado en función de un análisis socio-histórico de las instituciones y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional.

Conclusión: se arriba a la conclusión de que entre el respeto irrestricto al principio de complementariedad y la soberanía jurisdiccional de cada Estado no existe inconsistencia alguna. Eventuales contradicciones entre ambos esquemas deben ser entendidas en función de circunstancias socio-históricas de excepcionalidad, como la figura del debellatio o las propias implicancias de la relación entre poderes al interior de cada Estad. El presente trabajo reivindica la necesidad de un ejercicio heurístico contestatario a las tesituras que hacen de presupuestos normativos como el principio de complementariedad y la soberanía jurisdiccional de cada Estado categorías analíticas cerradas y solipsistas, desde que tal tesitura no solo no permitiría contrastar diversos paradigmas jurídicos, sino, para peor, obstaría a toda posibilidad de sancionar crímenes graves.

Palabras clave: derecho internacional público consuetudinario, principio de complementariedad, soberanía jurisdiccional nacional, corte penal internacional, derecho penal internacional.

Received: 22/05/2023
Accepted: 15/08/2023
DOI: https://doi.org/10.55908/sdgs.v11i5.1046

[a] PhD (c) in Sociology of Law, Universidad Científica del Sur, Lima, Perú, E-mail: jvillarrealg@cientifica.edu.pe, Orcid: https://orcid.org/0000-0001-7158-1736
[b] PhD (c) in Procedural Law, Universidad Continental, Huancayo, Perú, E-mail: fmarrache@continental.edu.pe, Orcid: https://orcid.org/0000-0003-1725-6777
[c] PhD in Civil and Commercial Law, Universidad San Ignacio de Loyola, Lima, Perú, E-mail: pnieto@usil.edu.pe, Orcid: https://orcid.org/0000-0003-3976-0157
[d] PhD in Fundamental Rights Law, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, Perú, E-mail: galarconr@unprg.edu.pe, Orcid https://orcid.org/0000-0002-1587-4224

HERMENEUTIC LIMITS TO THE PRINCIPLE OF COMPLEMENTARITY IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: AN APPARENT APORIA

ABSTRACT

Objective: To contrast the scope of the principle of complementarity in terms of the dimension of national jurisdictional sovereignty on the basis of the most relevant cases of the International Criminal Court.

Methods: a critical hermeneutic method was used, analyzing the interrelationship between the principle of complementarity and the jurisdictional sovereignty of each State. The methodology is based on a socio-historical analysis of the institutions and jurisprudence of the International Criminal Court.

Conclusion: It is concluded that there is no inconsistency between the principle of complementarity and the jurisdictional sovereignty of each State. Any contradictions between the two institutions should be understood in terms of exceptional socio-historical circumstances, such as the figure of debellatio or the implications of the relationship between powers within each state. This paper vindicates the need for a heuristic exercise contesting the positions that transform normative presuppositions such as the principle of complementarity and the jurisdictional sovereignty of each State into closed and solipsistic analytical categories, since such a position would not only prevent any possibility of contrasting different legal paradigms, but, to make matters worse, would hinder any possibility of sanctioning serious crimes.

Keywords: customary public international law, principle of complementarity, national jurisdictional sovereignty, international criminal court, international criminal law.

1 INTRODUCCIÓN

El debate entre los límites de la soberanía del estado y las implicancias que el respeto irrestricto a ésta supone ha sido una constante a lo largo de la historia de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional. En efecto, el propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos requiere de una sutil mas impertérrita amalgama entre el mandato jurídico de proteger un universo de bienes jurídicos inherentemente valiosos y en cuanto tales improrrogable su tutela, por un lado, y la necesidad de preservar las competencias nacionales que, por el otro, deberían, al menos idealmente, proveer, en primer lugar, al mentado mandato.

En términos nominales, tal relación no debería suponer, por sus propios términos, tensión o contradicción alguna. Por el contrario, si se parte de los presupuestos contractualistas básicos en virtud de los cuales se concibiera originalmente la propia justificación normativa (tanto jurídica y deontológica) del Estado moderno, como de los propios términos en virtud de los cuales fuera iniciáticamente concebido el sistema internacional de protección de las garantías y prebendas de cada individuo (a partir de la

Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos), resultaría irrazonable predicar la existencia de diferendo o inconsistencia entre tales valores o máximas.

Sin embargo, el desarrollo de la propia historia del Derecho Penal Internacional da cuenta de la existencia de tal tensión que, nominalmente, nace y se explica a partir de los propios albores del sistema de protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Tal y como puede evidenciarse, la comunidad de intereses subyacente a la génesis de tal organización requiere, forzosamente, tornar en forzosamente vinculantes para los Estados los valores sobre los cuales se explica, justamente, la necesidad de proteger las potestades y prebendas de cada individuo. En este sentido, eventuales violaciones graves de Derechos Humanos no deberían ser, en cuanto tales, susceptibles de resultar indiferentes a las potenciales sanciones susceptibles de ser aplicadas en el marco del sistema de tal organización internacional. Ello desde que lo contrario supondría, simplemente, tornar en ilusorios y superfluos los propios postulados que, en cuanto tales, estructurarían el fundamento y razón de ser de la sucesora de la Sociedad de las Naciones.

Ahora bien: desde la propia creación de la Corte Internacional de Justicia las referidas diferencias entre la salvaguarda e inmunidad de la soberanía de los Estados nacionales, por un lado, y el deber jurídico de perseguir y sancionar la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad, por el otro, serían una constante. Tal contingencia reviste un particular interés heurístico habida cuenta, justamente, de las especiales circunstancias en virtud de las que la propia Corte Internacional de Justicia primero y la Corte Penal Internacional después, se abocaran a reemplazar, en función de la concurrencia del principio de complementariedad, a los tribunales nacionales en aquellos supuestos en los cuales estos últimos no pudieran o no desearan abocarse a ejercer su jurisdicción primaria.

En tal sentido, el presente artículo se abocará a contextualizar el origen de tal principio en función del estudio de la labor que Kelsen practicara en el seno de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, así como su posterior desarrollo -tanto teórico como eminentemente práctico- a lo largo de las últimas décadas. El presente artículo se abocará a tal *telos* en función del análisis de algunos de los casos de Derecho Internacional Penal más relevantes y, en cuanto tales, conducentes a los efectos del examen de la controversia ya mentada.

En este sentido, deviene en metodológicamente necesario referir que el objetivo

del presente artículo proveerá a acreditar que no existiría inconsistencia lógica alguna entre predicar, por un lado, la necesidad de proteger la integridad de las jurisdicciones nacionales a la hora de sancionar casos especialmente graves de violaciones de Derechos Humanos y, por el otro, de garantizar que, bajo ciertas circunstancias por demás particulares, el principio de complementariedad pueda ser, en cuanto tal, de aplicación efectiva. En tal inteligencia, este trabajo provee a dar cuenta de un silogismo, tributario a tal tesitura, pocas veces invocado y estudiado precedentemente por la doctrina de la materia.

Ello desde que, tal y como se explicará en este opúsculo, los doctrinarios de Derecho Internacional Penal han habitualmente sugerido la existencia de una relación de oposición o inconsistencia entre la tutela de tales jurisdicciones nacionales y los propios fines que subyacen al principio de complementariedad. Ahora bien: *a contrario sensu* de tal tesis, el presente trabajo parte de una premisa por demás innovadora en el punto, al sostener que este último principio, en lugar de amalgamar o menoscabar el propio alcance de las jurisdicciones nacionales, lo vigoriza y suplementa, incluso cuando tales jurisdicciones se muestran ajenas o renuentes a sancionar crímenes de lesa humanidad.

2 MARCO TEÓRICO

El presente trabajo se abocará a un estudio histórico, pero a la vez reflexivo, de las tesis y críticas relativas, filiadas en la defensa absoluta de la soberanía de la jurisdicción penal nacional, del principio de complementariedad. A tal fin, se apelará a las tesis de Kelsen (1966), quien, primigeniamente, definiría los presupuestos prácticos que, en cuanto tales, delimitarían la relación entre ambas materias.

Huelga referir, en este punto, que los propios aportes del jurista austríaco serían revisados, a partir de una perspectiva historicista y, en cuanto tal, revisionista, por Cassese (2009) quien explicaría, a lo largo de su trabajo, las consideraciones jurídicas y políticas que, en cuanto tales, llevaran al primero a promover la defensa del principio de complementariedad. Estas consideraciones serían particularmente estudiadas por Koskenniemi (2006): de hecho, y como este propio opúsculo sostiene, el jurista finlandés sostendrá que las razones que subyacerían a la promoción del principio *sub examine* por parte del célebre filósofo del derecho serían, primera y principalmente, de carácter político.

De relevancia en este sentido también resulta ser el trabajo de Von Bernstrorff

(2016) quien estudiaría, desde una perspectiva también historicista, la relación entre las tesis del jurista austríaco y el contenido de las sentencias de los tribunales (particularmente el de Nuremberg) abocados a juzgar los crímenes de guerra y lesa humanidad que tuvieran lugar a lo largo de Segunda Guerra Mundial.

En este sentido, la obra de Ambos (2000) y El Zeidy (2008) reviste una importancia por demás relevante para este trabajo, desde que a partir de esta se establecen los propios presupuestos normativos que determinan, en los debates actuales, los alcances del principio de complementariedad. En tal inteligencia, el legado de Ambos (2000) ha sido por demás conducente a los efectos de analizar la jurisprudencia internacional a partir de tales premisas. Tal examen sería integrado por las tesis de Rovira (2013), quien apelara a un criterio eminentemente funcional para explicar, respecto a la posibilidad de juzgar a aquellos individuos penalmente responsables, los alcances de la condición de justiciables de los delitos de guerra y lesa humanidad.

Considerable contribución es, asimismo, el aporte de Dempsey (1998), quien sistematizaría cómo entender, a lo largo de la historia de la Corte Internacional de Justicia primero, y la Corte Penal Internacional después, las propias obligaciones de los estados con relación al ejercicio de su jurisdicción primaria. En este sentido, tal investigador permitiría delimitar las propias condiciones de razonabilidad y proporcionalidad que, en cuanto tales, justificarían y legitimarían la intervención de los tribunales internacionales en aquellos supuestos en los cuales la jurisdicción local no pudiese o no desease abocarse a la sanción de crímenes de lesa humanidad.

Finalmente cabe referir que investigaciones como la de Mnooking (2013) permiten conocer, desagregadamente, la función de cada uno de los miembros de los tribunales internacionales abocados a juzgar y eventualmente sancionar la comisión de crímenes de la gravedad de los mentados.

A los fines de concluirse la presente sección, debe añadirse que el presente artículo ilustró con casos como “The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir” (2009) y “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al- Senussi” (2014), entre otros, la relación entre el principio de complementariedad y el debido respeto a la soberanía de las jurisdicciones nacionales.

3 METODOLOGÍA

El presente trabajo se abocará a la revisión de la bibliografía especializada de la materia *sub examine*. Ello supondrá, en términos concretos, el análisis, tanto doctrinario como jurisprudencial, de la relación entre el principio de complementariedad (1) y el respeto a la soberanía jurisdiccional de los estados (2) a lo largo de los últimos setenta años.

Este artículo de investigación será, en cuanto tal, susceptible de ser utilizado en futuras investigaciones que se aboquen al análisis de la materia de referencia. En este orden de ideas bien vale volverse sobre las palabras de Morles (2002), quien recordara que la metodología debe entenderse como una disciplina en desarrollo, amplia, compleja y transdisciplinaria, siendo que su objeto de estudio debe, forzosamente, ser bien definido. Es a la luz de tal consideración que, tal y como se refiriera desde un principio, el presente trabajo hará de la relación entre las materias (1) y (2) el *corpus* epistémico basal del mismo.

En este orden de ideas huelga referir que este trabajo hará uso de un enfoque cualitativo de conformidad con un diseño de investigación no experimental, de tipo documental, a partir del método de análisis heurístico-historicista. Para concluir en el punto deviene en necesario referir que el enfoque cualitativo aquí utilizado es especialmente conducente para este estudio debido a que aquí se intenta dotar de sentido los discursos y los contextos de enunciación de estos últimos que, en cuanto tales, ilustran los términos de la controversia de referencia.

4 RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La recepción de la doctrina de Gustav Radbruch, de conformidad a la cual el corpus jurídico del III Reich continuaría aplicándose en la Alemania de posguerra a menos que se tal estado de situación violase el principio básico y fundamental de la intangibilidad de la dignidad humana fue, consistente y repetidamente, un presupuesto al que apelaría el Tribunal Constitucional Federal Alemán una vez concluida la Segunda Guerra Mundial (Rigaux, 1996, 326). Con prescindencia metodológica (consideraciones de espacio mediante) del debate relativo a la filiación del propio orden jurídico de un Estado dado y la propia pervivencia del espíritu del mismo una vez producida una reforma fundamental de su ordenamiento institucional (debate filiado en los cambios en la inmediata segunda posguerra que llevarían a disímiles sistemas de gobierno y justicia

para la República Federal Alemana y la República Democrática Alemana), la mentada salvedad que de modo recurrente practicaría el Tribunal Constitucional Federal Alemán no es, en modo alguno, irrelevante. En efecto, ***provee a lo conducente a la defensa de ciertos derechos o prebendas inherentes al ser humano con absoluta independencia de las disposiciones normativas que una jurisdicción determinada dispusiera***.

En definitiva, a los fines de abocarse al estudio de las razones que dieran lugar a la adscripción, por parte del mentado jurista, de una tesitura favorable a la institucionalización de tribunales de carácter internacional a los efectos de juzgar la responsabilidad penal internacional del individuo, no debe partirse del presupuesto metodológico referido a las ventajas relativas[5] de los mentados tribunales sobre aquellos de carácter nacional, sino, por el contrario, a aquellas otras abocadas al análisis de la propia naturaleza que Kelsen entendía que el Derecho Internacional revestía. Ello desde que sería una tal condición la que le permitiría soslayar los invocados óbices legales -véase, por caso, las críticas en un tal sentido por parte de K. Gallant (Schabas, 2012, 56)- que impedían condenar a los criminales de delitos de guerra y lesa humanidad en una tal jurisdicción. En efecto, sostendrá tal jurista:

> Que ni el derecho internacional convencional ni el consuetudinario internacional sea aplicable a un caso concreto es lógicamente imposible (…) Si no existe una norma de derecho internacional convencional o consuetudinario que imponga al Estado (o a otro sujeto del derecho internacional) la obligación de comportarse de cierta manera, el sujeto está legalmente libre de comportarse según su voluntad (Kelsen, 1966, 438-439).

Evidentemente, para Kelsen, la necesidad de apelar a un consecuente normativo ad hoc a los efectos de imputar una otrora inexistente sanción a una conducta determinada no implica o importa que un determinado sistema jurídico resulte ser inherentemente incompleto. Por el contrario, la mentada condición no supone sino, en definitiva, un ejemplo por demás paradigmático de la vieja tesis kelseniana según la cual, en definitiva, todo "sistema jurídico siempre puede proveer desde «dentro» del Derecho

[5] En el punto, al decir de Cassese (2009),

> En lo relativo a la justicia internacional criminal, ya hacia 1943 Kelsen había propuesto el establecimiento de una "Liga Permanente para el Mantenimiento de la Paz" (…) Aunque inspirada en una perspectiva de lege ferenda, muchas de las ventajas relativas a la jurisdicción de Derecho Internacional que Kelsen vería en tales tribunales son de carácter pragmático (…) En tal sentido, tal aserción es válida respecto al hecho de que los tribunales internacionales (i) se encuentran generalmente exentos de cualquier sospecha de parcialidad, (ii) su jurisprudencia garantiza que las sanciones sean, en cierto puno, uniformes y (iii) su condición internacional posiblemente importe una menor resistencia de los Estados involucrados (p. 403)

la solución a cualquier caso judicial" (Del Real Alcalá, 2014, 153). En función de una tal premisa, Kelsen volvería, en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, y merced a su condición de asesor legal en la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, a mostrarse favorable a la imposición de penas a aquellos crímenes de guerra para los cuales no existiera, en el seno de los ordenamientos nacionales bajo cuya jurisdicción un determinado crimen se cometiera, sanción alguna preexistente a la comisión de este último.

Sería justamente en función de la aparente falta de una regulación dada respecto a una tal conducta como antecedente normativo a los efectos de la imposición de una pena que devendría en predicable la propuesta de referencia: el propio derecho internacional público consuetudinario llevaría implícito dentro de su propio corpus la posibilidad de tal sanción. En virtud de tal presupuesto, el propio Kelsen se pronunciaría a favor de los términos a los que apelaría el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (1946) al sostener este último que,

> En primer lugar, debe ser tenido en consideración que la máxima *nullum crimen sine lege* no supone una limitación de soberanía, sino que la misma importa, en general, un principio de justicia. El predicar que es injusto penar a aquellos que desafiando los tratados y garantías han atacado a estados limítrofes sin advertirles [respecto a un tal extremo] importa incurrir en una aserción falsa, desde que en tales circunstancias el atacante debía saber que estaba actuando contra el derecho [siendo por lo tanto…] injusto que su acto no sea castigado (p. 52)

Huelga referir, antes de continuar que, en referencia a los expresos términos de la sentencia aquí citada, Von Bernstrorff (2016) sostendría, en efecto, que "Kelsen comulgaría con el argumento suscripto por el propio Tribunal" (p. 95). Acaece que, en definitiva, no solo en la propia sentencia del mentado tribunal, sino en el mismo Estatuto de este último en virtud del cual se debatirían los presupuestos jurídicos que darían lugar a una tal condena es plausible hallar el influjo de las ideas del mentado jurista. Por ende, la imputación de responsabilidad penal individual sobre uno o un conjunto de conductas bajo el Derecho Internacional Público (independientemente de la normatividad de los ordenamientos locales) no obedece, en definitiva, sino a la premisa kelseniana filiada en la condición omni-regulatoria de tal orden jurídico. Como se suscribiera, no de otro modo podría entenderse, por lo tanto, la posibilidad de endilgarle a un sujeto de Derecho Internacional Público una tal responsabilidad penal incluso cuando la misma no se encontraba previamente tipificada en el derecho local. En efecto, sostiene la doctrina que

> (…) la autoría de Kelsen es claramente visible en lo atinente a la "responsabilidad individual" [para un tal Estatuto]. El texto final (Artículo 6) utilizó una formulación muy similar a la que propondría Kelsen en su propio reporte [para la redacción del mentado Estatuto], la cual Jackson finalmente recomendaría. La posición legal respecto a la responsabilidad criminal individual de los miembros del gobierno Nazi se manifiesta de un modo suficientemente claro: las "personas" que hayan cometido alguno de los tres crímenes definidos en el mentado artículo, ya sea como "individuos o como miembros de una organización" actuando en función de los intereses del Estado (…) serían considerados como "Individualmente responsables" (Rovira, 2013, 365)

Huelga referir en el punto que si bien Kelsen no guardaba dudas respecto a la plausible concurrencia de una responsabilidad penal internacional individual, una tal posición teórica no importaba, por sus propios méritos, la certeza de un efectivo proceso -y eventual posterior sanción- para aquellos criminales de guerra penalmente responsables en la Alemania post nacionalsocialista. En efecto, y si bien Kelsen había reconocido, varios años previamente a su participación como asesor legal en la Comisión de Crímenes de Guerra de la ONU el carácter en última instancia político de toda decisión relativa a la celebración de un proceso penal en tribunales nacionales o bien internacionales, la intelección respecto a una tal disyuntiva no era, en una tal contingencia, materialmente plausible. Al decir de Koskenniemi (2006), *"El propio Kelsen admitiría que la elección entre un sistema* [jurisdiccional] *nacional o internacional supondría, en definitiva, una elección política"* (p. 45)

En efecto, al margen de la eventual exteriorización de la volición política del pueblo alemán de proceder a enjuiciar a los propios jerarcas desaparecida la propia estructura de poder nacionalsocialista, la mentada no era, en todo caso, una posibilidad en ese entonces practicable. La causa de una tal imposibilidad no radicaba, de hecho, en la concurrencia – o falta de ésta- de una voluntad política soberana dirigida en un tal sentido, sino en los propios presupuestos materiales en virtud de los cuales podría, en todo caso, desarrollarse esta última. La referencia es, claro está, a la ostensible ausencia de una estructura jurídico-institucional dada en virtud de la cual proceder con un tal proceso. En tal sentido, en la inmediata posguerra existió un extendido consenso respecto a que el propio Estado alemán había dejado de existir: el propio Kelsen asumiría que, de no apelarse a la figura del *debellatio*, el territorio sobre el cual se extendiera el otrora III Reich no se encontraría a cargo de administración o Estado alguno (Heller, 2011, 116).

Es en virtud de una tan particular contingencia que debe de estudiarse, ya sea en

virtud del por Kelsen abrazado "monismo internacionalista, que asume la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho nacional" (Santos Neto & Spindola Diniz, 2014, 203) o del propio idilio del jurista austríaco de lograr promover en un tal esquema aquellas "condiciones [propias] de un orden internacional que garanticen la paz" (203), la naturaleza del principio de complementariedad para la materia *sub examine*. En concreto, bajo este precepto,

> (…) la Corte Penal Internacional ["CPI" en lo sucesivo] puede únicamente ejercer su autoridad en aquellos casos en los cuales se encuentre convencida de que el Estado-Nación que posea jurisdicción sobre el crimen [eventualmente a ser sancionado] no habrá de abocarse a la correspondiente investigación penal (Wallace, 2016, 129).

Tal principio de complementariedad, que cierta doctrina entendió como *una contribución de los negociadores de los EE. UU. en la Conferencia de Roma* (Kaul, 2006) se plasmó en el propio Acuerdo de Londres, merced al cual

> (…) como una regla general, los tribunales nacionales poseen jurisdicción primaria respecto a los crímenes bajo su consideración. Un Estado, sin embargo, posee la libertad para decidir si éste no desea que un caso determinado sea sustanciado antes sus cortes nacionales, difiriendo su revisión, verbigracia, al Tribunal Aliado. Tal conclusión fue plasmada en el cuerpo del parágrafo 3 del preámbulo [del Estatuto de tal tribunal] (El Zeidy, 2008, 72)

El mentado principio de complementariedad sería, finalmente, recogido en el Estatuto de la propia CPI, en su artículo 17. Consideraciones de forzosa brevedad obstan a que pueda desarrollarse un *racconto* del debate (y las consideraciones que subyacieron a este último) relativo a la inclusión de tal presupuesto de jurisdicción en el reglamento de referencia. Sin embargo, es relevante hacer ciertas consideraciones en el punto.

En primer lugar, debe referirse que el sentido último que subyace al principio mentado es el de evitar soslayar o mutilar la propia noción de soberanía en virtud de cuya pérdida los Estados podrían ver menoscaba su potestad de ejercer, sobre sus propios nacionales, el debido proceso. Si bien, por lo tanto, el principio de complementariedad provee a lo conducente al respeto de las autonomías nacionales -así como la intangibilidad de las instituciones sobre las que se funda una tal autonomía-, la concurrencia de este último no supone, en modo alguno, una venia jurisdiccional absoluta en beneficio de tales Estados. Por el contrario, tal principio resguarda bajo su égida una tal autonomía en la medida de que la misma sea razonablemente ejercida por cada uno de los Estados de la comunidad internacional.

En este sentido, bien refiere Dempsey (1998) que, merced a un tal principio,

> La CPI se constituye como un actor de peso insoslayable en el proceso legal nacional. De hecho, en la medida de que tal tribunal siente precedente refiriendo qué considera ser un proceso criminal nacional [genuino], tal corte obligará, indirectamente, a los Estados a adoptar y cumplir con tales criterios a riesgo de que sea la propia CPI la que se aboque a sustanciar casos [que de otro modo serían tratados por los tribunales] nacionales. (p. 6).

A similar conclusión arribará Mnooking (2013) en su estudio sobre la competencia del Fiscal General de la propia CPI:

> El objetivo de la complementariedad en primera instancia era evitar que el Fiscal se entrometiera en las investigaciones y procesos internos. Mas al utilizar el principio de complementariedad como herramienta ofensiva y al amenazar implícitamente investigar si el Estado no hace uso de su propia jurisdicción, el Fiscal puede promover procesos domésticos más activos y efectivos (p. 167).

Por ende, en los términos del propio principio de complementariedad, únicamente para aquellos supuestos en los cuales, de conformidad al Estatuto de la CPI (art. 17, inc. 1, ap. b) el Estado inicialmente llamado a juzgar *"no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo",* el problema hermenéutico no supondría ser otro que, en definitiva, bajo qué supuestos puede asumirse que tal entidad soberana sea remisa o impotente a los efectos de ejercer tal jurisdicción (Ambos, 2000, 417). Huelga referir, en el punto, que si bien el mentado constituye, por sus propios méritos, la regla de avocación de jurisdicción, en lo inmediato, y consideraciones de espacio de por medio, se referirán dos supuestos en los cuales el mentado principio media entre los alcances de la propia jurisdicción nacional e internacional.

En el caso de *Al Bashir*, la CPI entendió que el otrora presidente de Sudán era responsable por una serie de crímenes contra la humanidad: asesinato, tortura, deportación forzosa de población civil, entre otros (crímenes consignados en el art. 7(1)(a), (b), (d), (f) y (g) del Estatuto de la CPI), así como crímenes de guerra (en la medida de que el acusado ordenó dirigir ataques contra la población civil y contra individuos que no habían participado en las hostilidades, conductas criminales tipificadas en los Art. 8(2)(e)(i) y (v) del referido Estatuto). En virtud de la aplicación del principio de complementariedad, y dada la ostensible falta de voluntad de Sudán a los efectos de abocarse a juzgar a tal sindicado criminal de guerra y de lesa humanidad, la CPI dictó una orden de arresto contra Al Bashir, la cual debía ser ejecutada por parte

de un conjunto de Estados africanos que formaban parte de la CPI. Sin embargo, la manifiesta falta de cooperación para con tal tribunal por parte de estos últimos -Chad (2010), Kenya (2010), Djibouti (2011) y Malawi (2011), entre otros- frustraron, materialmente, tal posibilidad.

En este último caso, la CPI ("Pre-Trial Chamber 1") dictaminó que Malawi no había cumplido con la mentada orden de arresto, al encontrarse Al Bashir en el territorio de este último estado a los efectos de participar en una conferencia económica. En virtud de un tal incumplimiento, la CPI dictaminó, en la mentada decisión, comunicarle formalmente al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y a la propia Asamblea de Estados Miembros de la CPI el referido incumplimiento (The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Doc. ICC-02/05-01/09-139).

En el punto huelga referir que, al margen de la concurrencia del principio de complementariedad, en virtud del cual se había librado la propia orden de arresto contra Al Bashir -desde que devenía en evidente la imposibilidad material de que la autoridades sudanesas procedieran a juzgar al mentado presidente- la responsabilidad del conjunto de Estados africanos mentados respecto al ejercicio de la jurisdicción penal de la CPI era especialmente relevante. Ello desde que el propio Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas había solicitado, por medio de la Resolución 1953, la cooperación de estos últimos a los efectos de evitar frustrarse el ejercicio de una tal jurisdicción. Naturalmente que en el propio universo de sujetos pasivos de una tal obligación se encontraba Malawi. Huelga referir que el anoticiarse la CPI de la cada vez más recurrente sucesión de visitas por parte de Al Bashir a diversos Estados africanos daría lugar a que la propia Asamblea de Estados Partes de la CPI adoptara un conjunto de lineamientos jurídicos a seguir a los efectos de prever y sancionar, a futuro, la ocurrencia de tal contingencia, lineamientos intitulados "Procedimientos de la Asamblea relativos a la falta de cooperación" (ICC-ASP/10/Res.5, anexo).

En el caso de *Saif Al Islam Gaddafi*, una vez producida la caída del régimen del dictador libio, la CPI dictaría el 31 de mayo de 2013, luego de rechazar un recurso de Libia, la orden de arresto del segundo hijo del coronel Gaddafi (en virtud de las alegadas violaciones a los Derechos Humanos perpetradas merced a la represión, bajo la dirección del mentado, de manifestaciones civiles en contra del otrora dictador libio). En un tal sentido, la CPI concluiría que la investigación que el propio Estado de Libia estaba dirigiendo en ese entonces contra Gaddafi no era comprehensiva de los mismos crímenes

que aquella bajo la cual se sustanciaba la acusación de la CPI merced a la cual se había expedido la orden de arresto de referencia.

En este sentido, si bien los propios jueces de la CPI reconocerían los esfuerzos soberanos de Libia a los efectos de restaurar, en un tal territorio, el estado de derecho, tales magistrados sopesaron, de todos modos, el hecho de que Libia aún se encontraba frente a considerables dificultades a los efectos de poder llevar adelante una correcta administración de justicia. El mentado punto es especialmente relevante, y permite dar cuenta de los términos exactos relativos a qué alcance otorgarle a la semántica relativa a la "imposibilidad" de dirigir la investigación y el proceso penal contra el acusado.

En efecto, el propio gobierno libio no hubiera podido apresar físicamente a Gaddafi, ya que éste seguía bajo control de la milicia Zintan. En términos concretos, ello importaba la imposibilidad material de someter a Gaddafi a un proceso penal, dado que la propia normativa libia impedía la celebración de juicios en ausencia si el imputado se encontraba en el propio territorio nacional (ICC Pre-Trial Chamber I, 'Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi).

Consistentemente, el que el acusado no tuviera designada una defensa técnica así como también el que no existiera un programa de protección para los testigos que eventualmente fueran llamados a declarar en un proceso contra el primero obstaron, en el punto, a que la CPI entendiera que Libia podía razonablemente abocarse a encausar un tal proceso penal en los términos del mentado art. 17 del Estatuto de la propia Corte. En determinados supuestos, las garantías inherentes al debido proceso revisten mayor relevancia, incluso, a la necesidad de proceder a la sustanciación de este último, tal y como refiere R. Rastan (2008) al examinar el caso ante la CPI "*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo".* Consideraciones de espacio obstan a que nos aboquemos al examen de tal sumario, mas las tesis del mentado jurisconsulto e investigador pueden consultarse en su trabajo (p. 450)

Ahora bien: pronunciada la decisión referida en el parágrafo anterior por parte de la CPI, las autoridades libias se abocarían a apelarla, el 7 de junio de 2013, requiriendo, hasta que se dictara la resolución final en el caso, la suspensión de la orden de entrega a la CPI de Gaddafi. Tal apelación sería rechazada por la CPI el 18 de junio, quedando, por lo tanto, pendiente la orden de entrega contra el mentado. Ello desde que, al decir de la propia CPI en la orden de arresto contra Saif Al Islam Gaddafi, **el principio de complementariedad requiere, por su propia condición, de la concurrencia de un**

conjunto de condiciones materiales cuya virtualidad no es susceptible de manifestarse única o exclusivamente merced a la propia materialización formal de un tal proceso ante los tribunales nacionales (Orden de arresto contra Saif Al-Islam Gaddafi. ICC-01/11-14, 27 de Junio de 2011).

En pocas palabras, es plausible predicar que una de las razones subyacentes al parecer del jurisconsulto austríaco favorable a la concesión de jurisdicción de los tribunales internacionales radica en el *telos* tributario a la consecución del valor justicia que subyace a la vigencia del principio de complementariedad. Tal principio provee a conciliar, bajo su propia égida, la deferencia a la soberanía de las jurisdicciones nacionales con el debido respeto a un presupuesto de mínimas condiciones merced a las cuales debe ser sustanciado todo proceso penal. En este sentido, el caso Gaddafi es ilustrativo: una grosera y ostensible falta de tales presupuestos (a los que se hiciera alusión en el párrafo precedente) dio lugar, en el punto, a las decisiones de referencia de la CPI. En virtud de estas últimas el tribunal de referencia se pronunciaría en contra de la sustanciación del mentado proceso contra Gaddafi en la propia jurisdicción libia.

De todos modos, tal pronunciamiento no debe conducir a la precipitada conclusión de que la CPI pueda arrogarse la potestad de ejercer una jurisdicción de fiscalización o apelación sobre los tribunales nacionales: tal supuesto excedería forzosamente el propio Estatuto del tribunal (Fife, 2000, 66-67). Se trata, en definitiva, de reconocer la concurrencia de un sutil más preclaro debate entre la preservación de la autonomía jurisdiccional nacional y la debida y efectiva sanción de diversos crímenes por parte de la CPI. Ello en la inteligencia de que promover un estándar de incondicional intangibilidad respecto a qué entender por tal autonomía nacional aun cuando esta última suponga cercenar presupuestos del debido proceso inalienables al sentido mismo de justicia importaría, en definitiva, adscribir a una inconducente teleología esencialista en materia conceptualista respecto a qué entender por tal “soberanía”.

Un tal proceder resultaría de suyo forzosamente inconsistente con predicar, tal y como se hiciera a lo largo del presente trabajo, la preexistencia, a las disposiciones de todo ordenamiento nacional, de un universo de axiomas, valores y fines sobre los que necesariamente descansa el derecho internacional público consuetudinario. A igual conclusión puede arribarse respecto a la jurisdicción universal para el caso de la tortura. En efecto, en su dictamen en el caso Pinochet, Lord Millet sostuvo, tal y como lo sintetizara magistralmente Bianchi (1999) que la jurisdicción de las cortes inglesas se

encuentra regulada por la propia costumbre internacional y que, en cuanto tal, no resultaría necesaria una tipificación del derecho local a la hora de perseguir la comisión de conductas especialmente gravosas para el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

> (…) las cortes inglesas poseen y siempre han poseído una jurisdicción criminal extraterritorial respecto a aquellos crímenes de jurisdicción universal bajo el derecho consuetudinario internacional [supuesto que comprehende] el uso sistemático de la tortura a gran escala como un instrumento de política nacional (p. 244)

En pocas palabras: el predicar la tesis tributaria a la existencia jurídica de la autonomía soberana jurisdiccional no puede importar, por sus propios méritos, el cercenar el sentido o *ethos* mismo que explica, en cuanto tal, el carácter no ficcional o ilusorio los derechos que el orden público internacional prevee y cuya violación no puede quedar librada a aquellos Estados que no deseen o no puedan ejercer una administración de justicia suficiente. Ello, al menos, en la medida de que no se desee incurrir en un oxímoron.

Bien podría referirse que, en definitiva, y a falta de un órgano único o centralizado abocado a ejercer un control de razonabilidad y uniformidad sobre los criterios o soluciones normativas que para un universo determinado de casos discurra el Derecho Internacional Público, la lectura última que de naturaleza de las instituciones (verbigracia, las jurídicas) el conjunto de actores realice se definirá, primera y preeminentemente, en función de cómo cada uno de éstos las entienda, por lo cual devendrá en materialmente difícil sino imposible *"identificar una institución salvo en los propios términos en virtud de los cuales cada uno de los actores la conciba"* (MacIntyre, 1983, 264).

Sin embargo, podría también sostenerse que la aparentemente amplia discrecionalidad hermenéutica a la que apelan cada uno de tales exégetas en un tal supuesto no resultaría ser tal: no necesariamente debe concurrir una violación a una norma de *ius cogens* a los efectos de cercenar o limitar los propios alcances con los que los órganos de adjudicación judiciales cuentan. De conformidad a la propia doctrina de Sabbatino, podría entenderse que la costumbre constituiría, en principio, un mecanismo de auto-limitación, por parte de los tribunales nacionales, a los efectos de no invadir la esfera materialmente ejecutiva de la administración de las relaciones exteriores de un Estado dado. En concreto, en el caso "Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino", la Corte

Suprema de los Estados Unidos sostuvo que los tribunales locales ("municipal courts") se encontraban sometidos a la manda constitucional de evitar la causación de efectos negativos en la administración de las relaciones internacionales de los Estados Unidos ("Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino" 376 U.S. 398).

Aun así, tal tesitura encontraría limitaciones por demás insoslayables en la medida de que se pondere el hecho de que las ya mentadas normas *ius cogens* no permiten, por su propia naturaleza, una tal autolimitación a los efectos de no afectar eventualmente las relaciones diplomáticas con terceros Estados. En definitiva, a una violación de una norma *ius cogens* le resulta inoponible la aparente -y en el caso- inconducentemente irrelevante invocación de una soberanía estatal foránea.

5 CONCLUSIÓN

En puridad, y a poco de andar, bien podría cuestionarse la necesidad metodológica de abocarse a dar el silogismo con el que se culminara con la sección precedente del presente artículo: un acto que suponga ser violatorio de una norma *ius cogens* no podría, en verdad, ser entendido como un acto soberano de un Estado dado en virtud del cual pueda evitarse la aplicación de la jurisdicción universal extraterritorial (nuevamente: tómese, por caso, el parecer de Lord en el caso Pinochet, suscribiendo -en ejercicio de una jurisdicción nacional- tal decisión. Ex Parte Pinochet (HL 2), 114J–115a–e). Un tal proceder implicaría incurrir en una aporía lógica, desde que el propio derecho internacional consuetudinario tipificaría como materia irrevisable jurisdiccionalmente en virtud del principio de extraterritorialidad un acto cuya tipificación explica, en virtud de la propia naturaleza de tal ordenamiento, su propia condición de ser ontológicamente justiciable.

En este sentido, alegar la inoponibilidad a consideraciones jurisdiccionales de un postulado de carácter orgánica y materialmente político (por caso, un acto administrativo en virtud del cual se estipula no interferir en una materia entendida como inherente a la autonomía de un tercer Estado, principio de deferencia jurisdiccional mediante, tal y como se aplicara en Sabbatino) importaría, en definitiva, incurrir en un segundo oxímoron: un acto determinado es o bien materialmente jurisdiccional o materialmente político (o, en términos más correctos, ejecutivo). Predicar la invalidez de toda consideración jurisdiccional merced a un tal acto de naturaleza administrativa implicaría, en definitiva, un extremo inconsistente con el postulado que diferenciaba

ambos órdenes o paradigmas.

Ello desde que el propio *sensus* que subyace a la consideración de una materia como implausible de ser revisada jurisdiccionalmente (en el punto, la naturaleza extraterritorial de toda jurisdicción en aquellos supuestos en los que se viola una norma *ius cogens*) requiere, lógicamente, el abandono de la idea del paradigma de "jurisdicción" como presupuesto predicativamente válido a la hora de establecer un criterio de regulación de una materia dada (por caso, qué tratamiento debe otorgársele a los actos que violan las mentadas normas ius cogens). Mas tal *iter* lógico no es verosímil, desde que *a priori* se habría aceptado la diferenciación entre materias susceptibles de ser reguladas administrativa o jurisdiccionalmente (y, en todo caso, el mismo es un presupuesto epistémico de nuestro propio análisis, insusceptible de ser cuestionado-teorema de Gödel de por medio-por el mismo).

REFERENCES

Ambos, K. (2000), The International Criminal Court and the traditional principles of international cooperation in criminal matters, *Finnish Y.B Int`L.*, 9, pp. 413-425

Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964)

Bianchi, A. (1999), Immunity versus human rights: the Pinochet case, *European Journal of International Law*, 10(2), p. 237-277

Cassese, A. (2009), *The Oxford companion to international criminal justice*, Oxford Universitary Press

Del Real Alcalá, J. A. (2014), ¿"Paradoja" de H. Kelsen Sobre la Indeterminación Jurídica?", *Journal of Law and Sustainable Development*, 2(1), 149–156 https://doi.org/10.37497/sdgs.v2i1.176

Dempsey, J. T. (1998), Reasonable Doubt: The Case against the Proposed International Criminal Court, *Cato Policy Analysis*, 311.

El Zeidy, M. M. (2008), *The principle of complementarity in international criminal law: Origin, development, and practice*, Martinus Nijhoff Publishers

Fife, R. (2000), The International Criminal Court – Whence It Came, Where It Goes, *Nordic Journal of International Law*, 6(69), pp. 63-85.

Heller, K. J. (2011), *The Nuremberg military tribunals and the origins of international criminal law*, Oxford Universitary Press

ICC Pre-Trial Chamber I, *Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-466-Red

ICC Pre-trial Chamber, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139

International Military Tribunal, Judgment of 1 October 1946, *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, Part 22 (22nd August ,1946 to 1st October, 1946), disponible en https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/

Kaul, H. P. (2007). The International Criminal Court: current challenges and perspectives. *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, 6, 575-582.

Kelsen, H. (1966), *Principles of International Law*, Holt, Rinehart and Winston

Koskenniemi, M. (2006), *From apology to utopia: the structure of international legal argument*, Cambridge Universitary Press

MacIntyre, A. (1983), *Against the Self-images of the Age. Essays in Ideology and Philosophy*, University of Notre Dame Press.

Mnookin, R. H. (2013), "Rethinking the Tension between Peace and Justice: The International Criminal Prosecutor as Diplomat", *Harv. Negot. L. Rev.*, 18 (145), pp.145-174

Morles, V. (2002). Sobre la metodología como ciencia y el método científico: un espacio Polémico, *Revista de Pedagogía*, 23 (66), pp. 121-146

Rastan, R. (2008), Testing co-operation: the international criminal court and national authorities, *Leiden Journal of International Law*, 21(2), pp. 431-456

Rigaux, F. (1996), Kelsen et Le Droit International, *Rev. BDI, 29*, pp. 381-408

Rovira, M. G. S. (2013), *The project of positivism in international law*, Oxford Universitary Press

Santos Neto, A. B. & Spindola Dimiz, R. M. (2014), As Condições para uma Paz Duradoura. Uma Leitura de "A Paz pelo Direito", de Hans Kelsen, *Journal of Law and Sustainable Development*, 2(1), pp. 201–211. https://doi.org/10.37497/sdgs.v2i1.179

Schabas, W. (2012), *Unimaginable atrocities: justice, politics, and rights at the war crimes tribunals*, Oxford Universitary Press

Von Bernstorff, T. (2016), "Peace and Global Justice through Prosecuting the Crime of Agression? Kelsen and Morgenthau on the Nuremberg Trials and the International Judicial Function", en Telman, D. J. (Ed.), *Hans Kelsen in America-Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence (pp.85-99)*, Springer

Wallace, D. (2016), International Criminal Court (ICC). En Silander, D., Wallace, D. y Janzekovic, J. (Eds.). *International Organizations and The Rise of ISIL: Global Responses to Human Security Threats (pp.121-136)*, Routledge.