

AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS Y PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD: ¿DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA?

*Elizabeth Santalla Vargas**

RESUMEN. El llamado *cross-fertilization process* encuentra un importante punto de interés en una de las áreas de intersección de las jurisdicciones de la Corte Interamericana y de la Corte Penal Internacional: la interpretación y aplicación de la regla del agotamiento de recursos internos y el principio de complementariedad. Si bien son sistemas de responsabilidad internacional distintos en cuanto a su naturaleza, en atención a que la regla del agotamiento de recursos internos funciona esencialmente sobre la base del escrutinio de la efectividad y el carácter genuino de los procedimientos nacionales, la interpretación de la Corte Interamericana con relación a las obligaciones convencionales que dimanar de la Convención Americana y, argumentablemente, del derecho consuetudinario de investigar, procesar y, en su caso, sancionar puede aportar insumos para el progresivo desarrollo de la interpretación de los criterios de admisibilidad en el contexto de la CPI. Varios aspectos de interpretación inherentes al principio de complementariedad que se desprenden de las primeras decisiones relacionadas con cuestiones de admisibilidad de la CPI encuentran su corolario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a tiempo de la interpretación de la regla del agotamiento de recursos internos. El sugerido análisis de correlación se sustenta en la propia interpretación de la Sala de Apelaciones de la CPI sobre el contenido de los *derechos humanos internacionalmente reconocidos* del artículo 21.3 del ECPI —informado también por la jurisprudencia de la Corte Interamericana—, incluso en las cuestiones inherentes a la jurisdicción de la CPI.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, principio de complementariedad, agotamiento de recursos internos, jurisprudencia.

* La autora desea agradecer el aporte del señor Gilbert Bitti, asesor jurídico *senior* de la División de Cuestiones Preliminares, Corte Penal Internacional. Las opiniones expresadas corresponden solo a la autora y no comprometen ninguna posición institucional.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

ZUSAMMENFASSUNG. Der sogenannte *cross-fertilization process* erweist sich an einer der Schnittstellen der Gerichtsbarkeit von Interamerikanischem Gerichtshof und Internationalem Strafgerichtshof als besonders interessant: die Auslegung und Anwendung der Regel vom Ausschöpfen der nationalen Rechtsmittel und das Komplementaritätsprinzip. Obwohl es sich hierbei um inhaltlich voneinander verschiedene Systeme völkerrechtlicher Verantwortung handelt – die Regel der Ausschöpfung der nationalen Rechtsmittel funktioniert im Wesentlichen auf der Basis einer Auswertung von Effektivität und Eigenständigkeit der nationalen Verfahren –, kann die Auslegung des Interamerikanischen Gerichtshofs bezüglich der Verpflichtungen aus der Amerikanischen Konvention und, wie sich sicher vertreten lässt, des Gewohnheitsrechts auf Untersuchung, Gerichtsverfahren und gegebenenfalls Verurteilung Elemente zur Weiterentwicklung der Zulässigkeitskriterien im Kontext des IStGH liefern. Mehrere dem Komplementaritätsprinzip inherente Aspekte, die sich aus den ersten Zulässigkeitsentscheidungen des IStGH ergeben, finden ihr Korollar in der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs zur Auslegung der Regel der Ausschöpfung der nationalen Rechtsmittel. Die vorgeschlagene Korrelationsanalyse stützt sich auf die vom Berufungssenat des IStGH selbst vorgenommene Interpretation des Gehalts der *international anerkannten Menschenrechte* in Artikel 21.3 des Statuts des IStGH selbst in Angelegenheiten, die die Gerichtsbarkeit des IStGH betreffen, auf die auch die Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs Bezug nimmt.

Schlagwörter: Internationales Rechte der Menschenrechte, Komplementaritätsprinzip, Ausschöpfung der nationalen Rechtsmittel, Rechtsprechung.

ABSTRACT. The so-called *cross-fertilization process* is particularly interesting in an area in which the jurisdictions of the Inter-American Court and the International Criminal Court intersect: the interpretation and application of the exhaustion of domestic remedies rule and the principle of complementarity. These are different international responsibility systems, but the exhaustion of domestic remedies rule operates on the basis of evaluating the effectiveness and genuine nature of national proceedings. Therefore, the Inter-American Court's interpretation of the obligations arising from the American Convention and, arguably, from customary law, with respect to investigation, prosecution and punishment may provide input for the development of admissibility criteria in the context of the ICC. Several interpretations regarding the principle of complementarity to be found in the early decisions on admissibility of the CCI have their corollary in the decisions of the Inter-American Court that interpret the exhaustion of domestic remedies rule. This correlation analysis is also based on the interpretation by the Appeals Chamber of the ICC of the *internationally recognized human rights* mentioned

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

in Article 21.3 of the Rome Statute – an interpretation which includes the jurisprudence of the Inter-American Court –, even on matters pertaining to the jurisdiction of the ICC.

Keywords: international human rights law, principle of complementarity, exhaustion of domestic remedies, case law.

1 • Introducción

La intrínseca relación entre el derecho internacional y el derecho nacional presenta particular notoriedad con referencia al paralelo que puede trazarse en los procedimientos de activación de las jurisdicciones internacionales tanto en el ámbito de los derechos humanos¹ como del derecho penal (internacional). Si bien dicha relación es inherente, aunque con distintas facetas, a los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, así como a los distintos tribunales penales internacionales, el análisis a desarrollarse aquí se centra en el paralelo entre el sistema interamericano de derechos humanos con relación al principio de subsidiariedad que orienta su activación, por un lado y, por otro, al principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional (CPI). En ese marco, si bien el presente análisis no pretende constituir una revisión exhaustiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) con relación a la regla del agotamiento de recursos internos por un lado y la naciente jurisprudencia de la CPI por otro, toma en consideración algunas de las decisiones relevantes a efectos de establecer un paralelo de interpretación y aplicación entre ambos sistemas de responsabilidad internacional.

No obstante reconocer que el tipo de responsabilidad internacional en ambos casos es radicalmente distinto, esto es, por un lado de responsabilidad internacional estatal y, por otro, de responsabilidad penal individual, partiendo de la premisa de que el fundamento que orienta la adjudicación internacional en ambos casos es esencialmente común, cabe la posibilidad de trazar paralelos.² Dicho entendimiento se refuerza por

¹ Reconociendo que las reglas concernientes a los remedios locales son relevantes para la solución de controversias internacionales que involucran a los Estados, véase Chittharanjan Felix Amerasinghe: *Local Remedies in International Law*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2004, p. 3.

² Para un estudio similar con relación a la Corte Europea de Derechos Humanos, véase Harmen van der Wit y Sandra Lyngdorf: "Procedural Obligations Under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of Unwillingness and Inability in the Context of the Complementarity Principle", en *International Criminal Law Review*, n.º 9, 2009, p. 40.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

el hecho de que tanto la Corte IDH como la CPI lidian esencialmente con las mismas conductas si se tiene en cuenta que las graves violaciones de derechos humanos pueden constituir crímenes de competencia de la CPI, en tanto y cuanto su comisión esté vinculada a los elementos contextuales correspondientes (un conflicto armado en el caso de los crímenes de guerra y un ataque generalizado o sistemático en el caso de los crímenes de lesa humanidad).³

Un análisis en ese sentido puede contribuir al proceso de interpretación (y ulterior aplicación) de los parámetros que orientan el principio de complementariedad, o sea, incapacidad y falta de voluntad. En efecto, teniendo en cuenta que el sistema regional de protección de derechos humanos opera desde mucho antes a la adopción —1 de julio de 1998— del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), la interpretación del principio de subsidiariedad —traducido en el estándar procedimental del agotamiento de recursos internos— puede ser de utilidad en dicho cometido.⁴ Por otro lado, el llamado *cross fertilization process*⁵ puede enriquecerse con dicha discusión.⁶

La premisa anterior se sustenta esencialmente en la consideración de que la *raison d'être* de la regla del agotamiento de recursos internos está vinculada al argumento de soberanía, respecto del cual puede aludirse la existencia de consenso.⁷ En relación con esto, puede considerarse que el hecho de que la regla esté sujeta a la presunción de que el sistema judicial interno es lo suficientemente capaz de adjudicar y reparar las violaciones a los derechos humanos invocadas se basa en la consideración, desde un punto de vista lógico, de que dicho sistema funciona efectivamente y, desde una perspectiva práctica,⁸

³ Sobre dicha interpretación en el contexto de la Corte Europea de Derechos Humanos, véase Van der Wilt y Lyngdorf, o. cit.

⁴ En esta misma línea, Courtney señala, con especial referencia al crimen de desaparición forzada de personas en el caso colombiano, la inexistencia de lineamientos que por ejemplo determinen lo que constituye “retraso injustificado”, o cómo definir “falta de imparcialidad”, o. cit., nota *infra* 33, p. 699.

⁵ Como apunta Dondé, la propia CIDH ha reconocido esta práctica como *jurisprudential cross fertilization*; véase *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade, párrs. 26-8. Javier Dondé: “El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 264.

⁶ Argumentando que el *cross fertilization process* puede generar sentencias internacionales con mayor legitimidad al recurrir al precedente de otros tribunales internacionales, Y. Shany, *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, 2004, p. 261, citado por Courtney, o. cit., nota *infra* 33, p. 704.

⁷ Amerasinghe, o. cit., nota *supra* 1, p. 58. Véase también Lutz Oette: “Bringing Justice to Victims? Responses of Regional and International Human Rights Courts and Treaty Bodies to Mass Violations”, en Carla Ferstman et al. (eds.): *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity. Systems in Place and Systems in the Making*, Leiden: Nijhoff, 2009, pp. 224-5.

⁸ Como advierte Faúndez Ledesma, si bien las decisiones de los tribunales internacionales no siempre se han avocado a encontrar una justificación teórico o práctica, en el marco de la Convención Americana pueden iden-

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

puede considerarse relacionado al hecho de que la decisión de admisibilidad implica el repudio de la actuación del Estado. Dicho resultado es también inherente a la decisión de admisibilidad en el contexto de la CPI, especialmente en el caso de la determinación de “falta de voluntad” que conlleva un juicio político altamente sensible.⁹

Una aproximación *contrario sensu* a la anterior lógica implica que la valoración de si un Estado ha cumplido con su obligación convencional de efectuar la represión nacional de crímenes internacionales ha de efectuarse desde la perspectiva del agotamiento de recursos internos o de la efectividad de los recursos internos. En ambos supuestos el argumento que se sigue aquí es que la jurisprudencia de la Corte IDH ofrece insumos importantes que pueden resultar útiles en el análisis de admisibilidad ante la CPI.

2. Consideraciones generales sobre la regla del agotamiento de recursos internos

La regla del agotamiento de recursos internos, cuyo origen se remonta a la protección de agentes diplomáticos extranjeros, constituye ciertamente una regla de derecho consuetudinario¹⁰ y podría también considerarse por un lado parte de las reglas o principios generalmente reconocidos en el derecho internacional¹¹, y por otro, condicionada por dichos principios.¹² Esta regla se encuentra ampliamente recogida en el derecho internacional convencional: artículo 41.c del Pacto Internacional de Derechos

tificarse una serie de consideraciones que en ese sentido también operan como justificación de la regla, más allá de las fundamentaciones que de manera explícita se derivan del texto de la Convención. Véase Héctor Faúndez Ledesma: *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2007, p. 25.

⁹ Sobre este último punto, Van der Wilt y Lyngdorf, o. cit., nota *supra* 2, p. 40.

¹⁰ En este sentido, por ejemplo, Javier Quel López: “El agotamiento de los recursos internos, criterios uniformes de aplicación en la jurisprudencia y en la codificación internacional”, en Pacis Artes, *Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid: Eurolex, 2005, p. 499. Considerando que se trata de una norma consuetudinaria, sin que existan razones suficientes para ser elevada a la categoría de principios generales del derecho internacional, véase Eloy Ruiloba Santana: *El agotamiento de los recursos internos como condición de la responsabilidad internacional* (extracto), Valencia: Anales de la Universidad de Valencia, 1970, p. 10.

¹¹ Amerasinghe, o. cit., nota *supra* 1, p. 395.

¹² Faúndez, o. cit., nota *supra* 8, p. 46.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Civiles y Políticos,¹³ artículo 5.2.b de su Primer Protocolo Facultativo,¹⁴ artículo 46.1.a de la Convención Americana de Derechos Humanos,¹⁵ artículos 11.3 y 14.7.a de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial¹⁶ y artículo 22.5.b de la Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes.¹⁷

En consecuencia, tanto la CADH como el Estatuto de la Comisión y sus Reglas requieren que el peticionario agote los recursos domésticos o internos. Como apunta Faúndez, la expresión *recursos internos* se refiere a las vías legales previstas para remediar la situación jurídica que se considera infringida, contempladas por el derecho interno. En consecuencia, una de las principales cuestiones radica en determinar el tipo y las características de los recursos a agotar.¹⁸

En el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos, los aspectos que hacen a la aplicabilidad de la regla de relevancia para el presente análisis pueden considerarse un corolario del propio preámbulo que indica que la protección internacional de los derechos humanos es “*coadyuvante o complementari[a] de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*”. Dichos aspectos se desprenden de las excepciones a la regla que imprime el artículo 46.2 de la CADH, a saber: i) cuando la legislación del Estado denunciado no contempla a cabalidad el debido proceso; ii) cuando hay un rechazo arbitrario del acceso a la justicia por las autoridades; y iii) cuando hay un retraso injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos, haciendo que estos sean simplemente dilatorios¹⁹ (criterio del plazo razonable).

¹³ El Comité conocerá del asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente.

¹⁴ El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo, a menos que se haya cerciorado de que: b) El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente.

¹⁵ Para que una comunicación o petición presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.

¹⁶ El Comité conocerá de un asunto que se le someta, de acuerdo con el párrafo 2 del presente artículo, cuando se haya cerciorado de que se han interpuesto y agotado todos los recursos de jurisdicción interna, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la sustanciación de los recursos se prolongue injustificadamente.

¹⁷ La persona ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer; no se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que mejore realmente la situación de la persona que sea víctima de violación de la presente Convención.

¹⁸ Faúndez, o. cit., *supra* nota 8, p. 46.

¹⁹ Artículo 46.2.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

La mencionada relevancia se remonta al hecho de que el criterio de falta de voluntad del test de complementariedad del ECPI ha de interpretarse a la luz de los estándares del debido proceso en los casos de juicios falsos o aparentes que sirven para eludir la responsabilidad penal individual, cuando existe retraso injustificado, o procedimientos faltos de independencia o imparcialidad, o cuando los procedimientos son conducidos de tal manera que resulta inconsistente con la intención de conducir a una persona a la justicia (artículo 17.2 del ECPI).²⁰ Asimismo, el hecho de que la ausencia de un efectivo remedio local dispensa la obligación de agotar los recursos internos²¹ a tiempo que coloca a las víctimas en una situación de vulnerabilidad y, por tanto, de justificación de la protección internacional,²² puede considerarse que presenta un punto de conexión con la interpretación desarrollada por la jurisprudencia emergente de la CPI con relación al escenario de inactividad.²³ En este sentido, resulta también interesante mencionar que la inexistencia del principio de plazo razonable en los procedimientos nacionales ha sido reafirmada en la jurisprudencia de la Corte IDH como una excepción a la regla del agotamiento de recursos internos, esto es, a la necesidad de demostrar su agotamiento.²⁴ Por otro lado, el principio ha dado pie también a considerar la aplicación del concepto de *inefectividad* y constituye así uno de sus parámetros de interpretación, el mismo que en un espectro más amplio está esencialmente vinculado a la inexistencia de recursos locales, la inexistencia de juicios justos o la inexistencia del principio de plazo razonable en el caso *sub judice*.²⁵

Otra cuestión que amerita un paralelo entre ambos sistemas es, en principio, la relativa a la renuncia del Estado al requerimiento del agotamiento de recursos internos, en correlación con los llamados *self referrals* en el marco del ECPI. En el primer contexto, dicha situación se presentó por primera vez en el marco del sistema interamericano en

²⁰ Considerando que el art. 17.2 comprende criterios exhaustivos, véase El Zeidy, o. cit., nota *infra* 23, p. 102.

²¹ Oette, o. cit., nota *supra* 7, p. 225.

²² Héctor Faúndez Ledesma: *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, p. 10.

²³ La cuestión de los *self-referrals* y su compatibilidad con el principio de complementariedad fue puesto en la palestra inicialmente por Uganda, dando pie a los cuestionamientos relacionados al caso en el que el Estado renuncia a su jurisdicción a favor de la CPI. Para un análisis al respecto, véase Mohamed El Zeidy: "The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: an Assessment of the First State's Party Referral to the ICC", en *International Criminal Law Review*, 5(83), 2005, pp. 83-119.

²⁴ Por ejemplo, en *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 7 de junio de 2003, serie C, n.º 99, § 67, en el que la Corte reitera que "el retardo injustificado es una reconocida excepción al previo agotamiento de los recursos internos".

²⁵ Oette, nota *supra* 7, p. 225.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

el asunto *Viviana Gallardo y otras*,²⁶ que fuera sometido directamente por el gobierno de Costa Rica, el mismo que renunciara formalmente al procedimiento ante la Comisión y al requerimiento del previo agotamiento de los recursos internos. En dicha ocasión, la Corte IDH, siguiendo la interpretación de la Corte Europea de Derechos Humanos, se pronunció en el siguiente sentido:

Según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos por sus propios medios. Se le ha considerado así como un medio de defensa (del Estado) y como tal, renunciable aun de modo tácito. Dicha renuncia, una vez producida, es irrevocable.²⁷ A lo que añadió que “[...] como estamos en presencia de requisitos de admisibilidad de una queja o denuncia ante la Comisión, en principio corresponde a esta pronunciarse en primer término. Si posteriormente, en el debate judicial se plantea una controversia sobre si se cumplieron o no los requisitos de admisibilidad ante la Comisión, la Corte decidirá, acogiendo o no el criterio de la Comisión, que no le resulta vinculante del mismo modo que tampoco la vincula su informe final”.²⁸

Dicho racional, que fuera seguido por la Corte en decisiones ulteriores, matizando que,

de los principios de derecho internacional generalmente reconocidos resulta, en primer lugar, que se trata de una regla cuya invocación puede ser renunciada en forma expresa o tácita por el Estado que tiene derecho a invocarla [...] (sentencias sobre excepciones preliminares en los casos *Velásquez Rodríguez*, *Fairén Garbi y Solís Corrales*, y *Godínez Cruz*),²⁹

²⁶ El caso involucró la muerte de Viviana Gallardo en una prisión a consecuencia de las lesiones sufridas por sus compañeras de celda.

²⁷ *Viviana Gallardo y otras*, Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de noviembre de 1981, § 26, citando jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: Caso *De Wilde, Ooms y Versyp “Vagrancy Cases”*, sentencia de 18 de junio de 1971.

²⁸ *Ibidem*, § 27. Cabe apuntar que, en consecuencia, el asunto fue remitido a la Comisión para su respectivo análisis, la misma que mediante resolución n.º 13/83, de 30 de junio de 1983, declaró inadmisibile la petición. El mencionado pronunciamiento contó con el voto razonado del juez Cançado Trindade con relación a que el rechazo por la Comisión de una objeción de no agotamiento de recursos internos debería considerarse definitiva.

²⁹ Sentencias sobre excepciones preliminares de 26 de junio de 1987 en los asuntos *Velásquez Rodríguez*, § 88, *Fairén Garbi y Solís Corrales*, § 87, y *Godínez Cruz*, § 90. Citados por H. Faúndez Ledesma: “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Revista IIDH*, n.º 46, 2007, pp. 47-48.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

presenta similitud con la concepción tradicional del principio de complementariedad basada en la noción de soberanía y de intereses estatales. En efecto, conforme a dicha concepción, el principio de complementariedad constituye un incentivo para la persecución penal nacional, representando, en el marco de la jurisdicción una expresión de la soberanía del Estado. La cuestión de la renuncia del Estado a la regla del agotamiento previo de los recursos internos podría asimilarse a los *self referrals* en el contexto de la CPI, esto es, situaciones que son remitidas por el propio Estado —cual ha sido el caso en las situaciones del Congo, Uganda, República Centroafricana, que fueran adjudicadas por la CPI. El análisis a profundidad de estos puntos, sin embargo, cae fuera del alcance de esta contribución, bastando aquí la mera referencia.

2.1. La regla del agotamiento de recursos internos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

A efectos del presente análisis se considera que las siguientes categorías facilitan el análisis paralelo propuesto. Estas categorías, que se elaboran a continuación, departen de los elementos estructurales que hacen a la exigencia y el cumplimiento de la regla, los mismos que paulatinamente han sido identificados por la jurisprudencia internacional.³⁰

2.1.1. Consideraciones generales referentes a la obligación convencional

Como apunta Ambos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido consistente, desde *Velásquez Rodríguez*, en interpretar que los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen la obligación de investigar y llevar adelante la persecución penal de crímenes internacionales.³¹

La pregunta de si dicha obligación (de efectuar la persecución penal) existe para los Estados y hasta qué punto a efectos de la interpretación de la regla del agotamiento de recursos internos, ha sido una cuestión considerada inicialmente por la Corte en el mencionado caso *Velásquez Rodríguez*, la misma que siguiendo la postura de la Comisión, se pronunció en el sentido de que

³⁰ Quel Lopez, o. cit., nota *supra* 10, p. 503.

³¹ Kai Ambos: "The Legal Framework of Transitional Justice", en Kai Ambos et al. (eds.): *Building a Future on Peace and Justice*, Berlín: Springer, 2009, p. 30 (mayores referencias en pie de p. 68).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

la obligación de investigar debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano al fracaso, y que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública asuma su responsabilidad de buscar la verdad.³²

Dicha interpretación es particularmente relevante *vis-à-vis* los parámetros del criterio de falta de voluntad del artículo 17.2.a y c en el sentido que la decisión nacional fuera adoptada con el propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la CPI o que la sustanciación del proceso fuera incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia, respectivamente. Por otro lado, condice con la posibilidad de actuación del fiscal *motu proprio* en la apertura de investigaciones, así como en la sustanciación general de los procesos. En el paralelo propuesto, resulta de relevancia notar, como advierte Courtney, que en la única situación que hasta la fecha ha ameritado la apertura de una investigación *motu proprio*, esto es, la situación de Kenia, que también constituye un caso de inacción o inactividad³³ en el que el gobierno ha manifestado su aquiescencia a la investigación de la CPI, los criterios de falta de voluntad o de incapacidad no han sido objeto aún de evaluación de la CPI.³⁴

Por otro lado, teniendo en cuenta que desde *Velasquez Rodríguez*,³⁵ *Godínez Cruz*,³⁶ y *Neira Alegria y otros*,³⁷ la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido consistente al establecer que una violación de cualquiera de los derechos establecidos en la CADH, en particular de aquellos que hacen a las garantías judiciales (artículo 8), necesariamente involucra la violación de la protección general del artículo 1.1, esto es, la obligación general de los Estados de asegurar el cumplimiento de todos los derechos y garantías protegidos por la CADH. Dicha obligación general involucra el deber de establecer el necesario esquema institucional/estructural para la realización de tales derechos y garantías, incluyendo el derecho a la adecuada asistencia jurídica.³⁸ Esta constituye también una

³² *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, § 177, y *Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, § 188.

³³ International Criminal Court, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01-09, Pre-Trial Chamber II, 31.3.2009, § 54 (stating that there was a situation of complete inactivity).

³⁴ Jocelyn Courtney: "Enforced Disappearances in Colombia: a Plea for Synergy between the Courts", en *International Criminal Law Review*, n.º 10, 2010, p. 699.

³⁵ Sentencia de 29 de julio de 1988, § 162 y 166.

³⁶ Sentencia de 20 de enero de 1989, § 171 y 175.

³⁷ Sentencia de 19 de enero de 1995, § 85.

³⁸ *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*, opinión consultiva OC-11/90, de 10 de agosto de 1990, serie A, n.º 11, § 24.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

interpretación de interés en el contexto del ECPI. En efecto, si se tiene en cuenta que el criterio de incapacidad del test de complementariedad del artículo 17.3 explícitamente hace referencia a la incapacidad de los sistemas jurídicos nacionales, la interpretación de dicho criterio, las violaciones determinadas por la Corte IDH con relación a las obligaciones del Estado a la luz del mencionado deber de poner en práctica un sistema estructural que favorezca el respeto de los derechos y garantías judiciales, podría constituir un importante indicador de la incapacidad del Estado en cuestión y, argumentablemente, podría ser también relevante para la interpretación de “los principios del debido proceso reconocidos por el derecho internacional”, de conformidad con el artículo 17.2.

2.1.2. *El concepto de rechazo de acceso a la justicia*

Un aspecto en común que hace a la aplicación de la regla del agotamiento de recursos internos y del principio de complementariedad es el concepto de denegación de justicia. Si bien la definición del concepto no es objeto de consenso,³⁹ existe cierto grado de aceptación con relación a los aspectos que hacen a su aplicación que pueden derivarse de la jurisprudencia de la Corte IDH y que, a su vez, podrían resultar útiles en su aplicación en el ámbito de la CPI.

Entre los aspectos que hacen a la interpretación y aplicación del concepto, de particular interés resulta el debate suscitado en torno a la garantía de un tribunal independiente e imparcial y la jurisdicción militar. En *Castillo Petruzzi y otros*, la Corte IDH, en su sentencia de fondo, manifestó que constituye un principio básico el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios; constituye un corolario de ello el impedimento para el Estado de crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponde normalmente a los tribunales ordinarios.⁴⁰

2.1.3. *Violaciones masivas a los derechos humanos*

En el contexto de violaciones masivas a los derechos humanos, Faúndez señala que en casos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos por motivos de discriminación, el requerimiento de agotamiento de recursos internos no es procedente, bajo

³⁹ Amerasinghe, o. cit., nota *supra* 1, p. 91.

⁴⁰ *Castillo Petruzzi y otros*, CIDH, sentencia del 30 de mayo de 1999, § 129.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

la premisa de que en tales circunstancias estos no son precedentes ni efectivos.⁴¹ Similar racional se encuentra en los casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz*, y *Fairén Garbi y Solís Corrales* concernientes a Honduras, que involucraban “prácticas constitutivas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos”, esencialmente referidas al caso de la desaparición forzada de personas, en los cuales la ineffectividad del poder judicial resultaba evidente y daba lugar, en consecuencia, a la apreciación de la inexistencia de recursos eficaces a agotar.

Dicha interpretación es radicalmente distinta en el marco del análisis de complementariedad aplicado al ámbito de los crímenes de lesa humanidad —cuyo contexto de comisión se remonta a un “ataque generalizado o sistemático contra la población civil”—. Teniendo en cuenta que el análisis de complementariedad en el marco del ECPI opera de manera independiente y autónoma a la naturaleza de los crímenes y que, conforme a la jurisprudencia emergente en materia de admisibilidad de la CPI, el análisis de los criterios de incapacidad o falta de voluntad es inexistente o improcedente en casos de *inactividad*, la disparidad de perspectiva es evidente. No obstante la diferencia de ámbitos de protección, resulta pertinente resaltar dicha distinción a efectos del análisis en cuestión, toda vez que, si bien el resultado es similar en ambas esferas —esto es, la admisibilidad en el nivel internacional—, la lógica es distinta en ambos contextos. Por otro lado, de manera transversal, es importante considerar la implicancia que la mencionada interpretación de la Corte IDH reviste *vis-à-vis* la importancia de los procesos de implementación en el ámbito nacional. En efecto, la inexistencia de recursos eficaces puede depender en gran medida de la existencia (o no) de leyes nacionales que permitan la persecución nacional de crímenes internacionales.

Los tres casos anteriormente mencionados, como apunta Cançado Trindade,⁴² constituyen un aporte principalmente en relación con dos vertientes. A saber, por un lado respecto de la interpretación de la regla del agotamiento de recursos internos y, por otro, respecto de la interrelación de las funciones de la Corte y de la Comisión en la aplicación de la regla. En el primer caso, la Corte ha considerado que un recurso es eficaz si es ‘capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido’, y es adecuado si su

⁴¹ Héctor Faúndez Ledesma: “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos), *Revista IIDH*, n.º 46, 2007 <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1020951901/Faundez.pdf> [16.12.2010].

⁴² Augusto Cançado Trindade: “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, 1991, pp. 39-40.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

función es ‘idónea para proteger la situación jurídica infringida’.⁴³ Este entendimiento es relevante y también válido para el siguiente punto de análisis.

2.1.4. *El derecho a un recurso doméstico efectivo*

Uno de los elementos esenciales que hacen a la aplicación de la regla del agotamiento de recursos internos es la existencia (o no) de un recurso doméstico efectivo en las jurisdicciones internas. En efecto, la inexistencia de un recurso efectivo es el elemento que da lugar a la excepción de la regla en el marco del artículo 46.2.b de la CADH. En ese sentido, es importante identificar los aspectos de interpretación relevantes que han sido elucidados por la jurisprudencia de la Corte IDH.

En *Castillo Paéz c. Perú* (1997), en *obiter dicta*, la Corte interpretó que el derecho a un recurso efectivo ante las instancias nacionales respectivas, constituye uno de los pilares básicos no solo de la CADH sino del propio Estado de derecho en el sentido de la Convención y que este ha de ser interpretado en relación con la obligación general que dimana del artículo 1.1 de la CADH en el sentido de conferir funciones de protección en los sistemas nacionales de los Estados partes. En ese sentido, el recurso de hábeas corpus tiene el propósito no solo de garantizar la libertad personal e integridad, sino también —y de importancia en el marco de la aplicación general de la CADH— prevenir la ocurrencia de desapariciones contrarrestando la existencia de periodos extensos de indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurando la protección del derecho a la vida.⁴⁴

Cabe señalar, sin embargo, que en otras ocasiones la Corte IDH se ha pronunciado sobre la admisibilidad de una petición con relación al criterio de la *disponibilidad*, más que de un *recurso efectivo*. En términos generales, se colige que no es solo necesario que los recursos a agotar se encuentren en la legislación nacional sino que además resulten accesibles en el caso particular. Si bien, como señala Faúndez,⁴⁵ el requerimiento de la disponibilidad no emana de manera expresa de la CADH, dicha mención puede encontrarse en otras fuentes convencionales: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 14.7.a) y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículo 22.5.b).

⁴³ CIDH, caso *Velásquez Rodríguez*, § 28-9.

⁴⁴ Por ejemplo, *Castillo Paéz c. Perú*.

⁴⁵ Faúndez, o. cit., nota *supra* 41, p. 47.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La existencia de un recurso efectivo, en un paralelo con el requerimiento de admisibilidad conforme al ECPI, encuentra su corolario en el criterio de incapacidad del principio de complementariedad, teniendo en cuenta que su formulación en el artículo 17.3 del ECPI resulta amplia “[...] o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”. Entre dichas razones, puede considerarse que la falta de condiciones para llevar a cabo el juicio (o más bien proceso penal) bien puede asimilarse con la inexistencia de un recurso efectivo. Esto es así si se asimila la existencia de un recurso efectivo con la disponibilidad de recursos de apelación independientes e imparciales, por ejemplo.⁴⁶

En ese marco, uno de los puntos de consideración que resulta transversal para el análisis tanto de complementariedad como del agotamiento de recursos internos, es la jurisdicción militar en su dimensión de recurso efectivo (no obstante que esta da pie también al análisis del debido proceso).

2.1.5. Aspectos conflictivos de transposición

En los anteriores supuestos, la transposición del análisis de la regla del agotamiento de recursos internos al ámbito del análisis de admisibilidad de la CPI resulta menos controversial que en el caso de las amnistías (a presuntos responsables de crímenes internacionales), en el cual la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido tajante en considerarlas contrarias al espíritu de la CADH y, de este modo, incapaces de constituir una solución adecuada. Así por ejemplo, en el caso *de la Masacre de Mapiripán contra Colombia*, la Corte, reiterando su jurisprudencia anterior,⁴⁷ manifestó:

[...] ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los presuntos responsables de violaciones a los derechos humanos. En particular, son inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos —como las del presente caso, ejecuciones y desapariciones—. El Tribunal reitera que la obli-

⁴⁶ En este sentido, con relación a procesos administrativos, véase Juan Ignacio Mondelli: “Los estándares internacionales de protección y el nuevo decreto supremo sobre refugiados: avances y retrocesos en el nuevo marco normativo interno”, en Defensor del Pueblo de Bolivia: *Derechos humanos y acción defensorial*, 1(1), 2006, p. 221.

⁴⁷ Los casos citados por la propia Corte en su sentencia de 15 de septiembre de 2005, son: caso de la *Comunidad Moiwana*, § 206; caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, § 172; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, § 175; caso *19 comerciantes*, § 262; caso *Molina Theissen, reparaciones*, párrs. 83-4; caso *Myrna Mack Chang*, párrs. 276-7; caso *Bulacio*, § 116; caso del *Caracazo, reparaciones*, § 119; caso *Trujillo Oroza, reparaciones*, § 106; caso *Barrios Altos, interpretación de la sentencia de fondo*, § 15; caso *Barrios Altos*, § 41; caso *Castillo Páez, reparaciones*, § 105, y caso *Loayza Tamayo, reparaciones*, § 168.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

gación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse.⁴⁸

En el ámbito del ECPI, la asimilación de las amnistías en el marco del análisis de complementariedad reviste otra dimensión. En efecto, se ha reconocido ampliamente que no existe, per se, un carácter prohibido de las amnistías, sino que más bien el contexto y alcance de estas da pie a considerar su validez (o no) *vis-à-vis* el principio de complementariedad.⁴⁹

2.1.6. *La inexistencia de debido proceso legal*

En ciertos casos, la inexistencia de elementos estructurales que hacen a un debido proceso ha dado lugar a que la Corte IDH —siguiendo la postura de la Comisión— se pronuncie en el sentido de que es innecesario el agotamiento de recursos internos, según la interpretación trazada en la opinión consultiva de 1990.⁵⁰ Aquí también resulta de interés el caso *Castillo Petruzzi y otros*, en el que la Comisión, aplicando el artículo 46.2 de la Convención, consideró que los decretos leyes 25659 y 25708 expedidos por el Perú sobre el delito de traición a la patria y las normas procesales correspondientes, no se ajustaban a las normas del debido proceso y que por tanto dispensaban a los peticionarios de la obligación de demostrar el agotamiento de recursos internos.

En el análisis paralelo propuesto aquí, la anterior interpretación encuentra su corolario en el marco del principio de complementariedad en cuanto a la dimensión que presenta el debido proceso *vis-à-vis* el análisis de admisibilidad. Si bien puede considerarse que el análisis del criterio de falta de voluntad, conforme al artículo 17.2 del ECPI, que literalmente se refiere a “los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional” está guiado por la existencia (o no) del debido proceso en relación a los tres casos que taxativamente enumera el mencionado artículo, esto es, i) procesos penales ficticios; ii) retardo injustificado; iii) inexistencia de un proceso independiente e imparcial, la posibilidad que el debido proceso en las jurisdicciones

⁴⁸ Caso de la masacre de Mapiripán c. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, § 304.

⁴⁹ Para un análisis sobre la interpretación de los diferentes escenarios que presenta la aplicación de amnistías *vis-à-vis* el principio de complementariedad del ECPI, véase Jan Kleffner: *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, New York: Oxford University Press, 2008, pp. 264-7.

⁵⁰ Opinión consultiva OC-11/90, de 10 de agosto de 1990, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

nacionales sea considerado per se, esto es, al margen de su análisis en relación con las situaciones enumeradas en el mencionado artículo, es una cuestión que no resulta tan aparente.

3 ● Jurisprudencia emergente en materia de admisibilidad ante la CPI y su relación con la regla del agotamiento de recursos internos

La jurisprudencia de la CPI sobre la determinación de admisibilidad, de relevancia para el presente análisis, ha establecido que la admisibilidad de un caso conforme al artículo 17.1.a, b y c del ECPI depende esencialmente de las actividades de investigación y persecución penal del Estado de la jurisdicción.⁵¹ Esto implica que el momento relevante a efectos del análisis de una impugnación de admisibilidad es el momento en el que los procedimientos nacionales concernientes a la impugnación se desarrollan. En consecuencia, cualquier cambio de circunstancias fácticas puede modificar, más adelante, la determinación de admisibilidad (o inadmisibilidad). En ese marco, no solo la existencia de procedimientos nacionales sino esencialmente su carácter genuino y efectividad son de relevancia para el análisis de complementariedad. Teniendo en cuenta que la regla del agotamiento de recursos internos funciona esencialmente sobre la base del análisis del desarrollo de los procedimientos nacionales, cabe reiterar que la interpretación de la Corte IDH con relación a las obligaciones convencionales que dimanar de la CADH y, argumentablemente, del derecho consuetudinario de investigar, procesar y, en su caso, sancionar puede aportar elementos de análisis para el progresivo desarrollo de la interpretación de los criterios de admisibilidad.

El anterior planteamiento es factible si se tiene en cuenta que conforme al artículo 21.3 del ECPI la aplicación e interpretación del derecho aplicable por la CPI, “[...] *deberá* ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos [...]”.⁵² El contenido de dicho estándar ha sido interpretado y aplicado por la CPI a la luz de la jurisprudencia de los sistemas regionales de protección de derechos humanos (además de

⁵¹ *Prosecutor c. Katanga/Chui*, ICC-01/04-01/07-1497 OA8, Appeals Chamber, 25 September 2009, § 1, 56.

⁵² Énfasis añadido.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

las resoluciones de la Asamblea General de la ONU).⁵³ Así, por ejemplo, en la Decisión sobre la Solicitud de la Fiscalía para la Emisión de una Orden de Detención en *Lubanga*, la Sala de Cuestiones Preliminares I consideró que la determinación, conforme al artículo 58.1.a del ECPI, de la existencia de “motivos razonables” para creer que la persona, cuya detención se solicita, ha cometido un crimen de competencia de la CPI, solo puede tener una interpretación consistente con los derechos humanos reconocidos internacionalmente si se efectúa a la luz del estándar europeo de “indicios racionales (o razonables)” (artículo 5.1.c del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la interpretación de la Corte IDH respecto del derecho a la libertad personal (artículo 7 CADH)).⁵⁴ Teniendo en cuenta la interpretación de la Sala de Apelaciones de la CPI respecto a que “los derechos humanos son subyacentes al ECPI; a cada aspecto del mismo incluyendo el ejercicio de la jurisdicción de la CPI”,⁵⁵ es razonable apuntar a la interpretación y aplicación de los parámetros de admisibilidad que hacen al principio de complementariedad en atención a la interpretación y aplicación de la Corte IDH de la regla del agotamiento de recursos internos.

Para que los procedimientos nacionales alcancen la determinación de inadmisibilidad, en el primer caso bajo juicio ante la CPI, *Lubanga*, se estableció que una condición *sine qua non* es que tanto la persona como la conducta que constituyen el objeto del caso ante la CPI sean los mismos ante el sistema nacional.⁵⁶ Dicha interpretación fue más adelante adoptada en *Harun y Kushayb*.⁵⁷ Resulta evidente que de ambos supuestos de verificación, la identidad de la conducta es el aspecto menos evidente o, al menos, sujeto a interpretación. Esto es más problemático aún en el supuesto de análisis de conductas que fuera del elemento contextual, presenten identidad, esto es, que a la vez puedan constituir crímenes ordinarios y crímenes internacionales —la cuestión se presenta de manera particular en los casos de crímenes de lesa humanidad (el particular elemento subjetivo de intencionalidad que caracteriza la figura del genocidio, por un lado, y, por otro, el contexto del conflicto armado que hace a la existencia de los crímenes de guerra,

⁵³ Gilbert Bitti: “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of the Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC”, en Carsten Stahn y Göran Sluiter (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Países Bajos: Koninklijke Brill N.V., p. 301.

⁵⁴ *Prosecutor c. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1-Corr, PTC-I, 10 February 2006, § 12 (citando jurisprudencia de la CIDH).

⁵⁵ *Prosecutor c. Lubanga*, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court Pursuant to Article 19.2.a of the Statute of 3 October 2006, ICC-01/04-01/06-772, Appeals Chamber, 14 December 2006, § 37 (traducción libre).

⁵⁶ *Prosecutor c. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1-Corr, PTC-I, 10 February 2006, § 31.

⁵⁷ *Prosecutor c. Harun y Kushayb*, ICC-02/05-01/07-1-Corr, PTC-I, 27 April 2007, § 24.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

hace que ambos tipos de crímenes sean más fácilmente distinguibles). En este contexto, resulta de interés mencionar que en el caso de la desaparición forzada de personas, la Corte IDH contempla en el marco de las reparaciones la obligación del Estado de efectuar la tipificación penal de la conducta. En efecto, en *Trujillo Oroza contra Bolivia*, la CIDH determinó la responsabilidad del Estado boliviano considerando que las violaciones de derechos humanos verificadas en el caso eran constitutivas de la conducta de desaparición forzada de personas, inexistente en el ámbito de los ordenamientos nacionales —precisamente en el caso boliviano, la tipificación de la conducta fue el resultado de la sentencia de la CIDH (que dictaminó la obligación de tipificación). Así, la conducta fue tipificada a principios del 2006, como respuesta a la sentencia de la CIDH, en el ámbito de delito ordinario (no como crimen de lesa humanidad, al no haberse incluido el elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad).⁵⁸

La interpretación y práctica seguida en ese tipo de casos por la CIDH resulta de interés en lo que constituye la apreciación de la identidad de la conducta en el mencionado test desarrollado para el análisis de admisibilidad. En efecto, aun en el caso de inexistencia de tipificación alguna en el ordenamiento nacional —cuyo caso emblemático es el crimen de desaparición forzada de personas— la determinación de la CIDH de la obligación de tipificación del crimen, como parte de las medidas de reparación, constituye un reconocimiento internacional de la existencia de la conducta que, al margen de la existencia (o no) de tipificación a nivel interno, ameritaría la determinación de identidad de conducta a efectos del análisis de admisibilidad por la CPI. La apreciación de la CIDH resulta, en consecuencia, de particular interés en este tipo de casos, y de manera especial con relación a los crímenes de lesa humanidad donde, como se manifestara anteriormente, la tipificación y, por ende, la asimilación de las conductas es menos evidente, (teniendo en cuenta la dispersa apreciación del elemento contextual). En principio, y considerando que las violaciones a los derechos humanos, objeto de adjudicación por la CIDH, presentan una alta probabilidad de constituir a la vez crímenes de competencia de la CPI, la determinación de la CIDH podría satisfacer el análisis (y determinación, en su caso) de la existencia de identidad de conducta a efectos del análisis de la admisibilidad. La importancia de dicha asimilación de interpretación es particularmente relevante *vis-à-vis* la inexistencia, deficiencia o tipificación reciente de los crímenes de competencia de la CPI, y de manera particular, de los crímenes de lesa humanidad.

⁵⁸ Al respecto véase, Elizabeth Santalla Vargas: "Informe sobre Bolivia", en Kai Ambos et ál. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Contribuciones de América Latina y Alemania, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 123-5.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

En el supuesto del artículo 17.1.*b*, cuando después de abierta la investigación se decide sobreseer el caso (salvo que la decisión hubiera obedecido a la falta de voluntad de llevar a cabo el juicio o que exista incapacidad para ello), en *Katanga/Chui* se estableció que dicha decisión de no enjuiciar no alcanza las decisiones que un Estado asuma de cerrar un caso en razón a la entrega del sospechoso a la CPI.⁵⁹ Dicha determinación fue también adoptada en *Bemba*, caso en el que la Sala de Apelaciones confirmó ser innecesario el análisis de la incapacidad genuina, planteada por la defensa, al no existir una decisión de sobreseimiento.⁶⁰ Así, en la línea trazada por la Sala de Apelaciones al presente, las decisiones judiciales nacionales que renuncian a la jurisdicción nacional en favor de la jurisdicción de la CPI, son decisiones que per se no ameritan mayor escrutinio respecto de las razones subyacentes. En ese sentido, podría interpretarse que la Sala de Apelaciones avala la elección de las jurisdicciones nacionales respecto del fuero jurisdiccional —en este caso de la CPI—, las mismas que se constituyen en su propio árbitro respecto de su capacidad de enjuiciar —y probablemente de investigar—. Si bien tal interpretación favorece la búsqueda de inexistencia de impunidad, parecería reñir con el espíritu de la complementariedad. El análisis en profundidad de este punto, sin embargo, cae fuera del alcance del presente trabajo; mas por el contrario, suscita cuestionamientos respecto de sus repercusiones en el ámbito del sistema interamericano.

Es decir, de qué manera interpretaría la Corte IDH (y, en su caso, la Comisión) la decisión de las jurisdicciones nacionales de renunciar a su jurisdicción a favor de la CPI? Dicho de otro modo, constituiría la decisión de renuncia al ejercicio de la jurisdicción nacional en favor de la CPI, una excepción a la obligación convencional de los Estados de investigar y enjuiciar? Si bien la pregunta resulta hipotética al presente, dada la convergencia material que puede suscitarse entre los crímenes de competencia de la CPI y las graves violaciones a los derechos humanos invocadas ante el sistema interamericano, no resulta insulsa. En dicho espectro podría trazarse una analogía con relación a la interpretación realizada en el contexto de la causal de exclusión de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), artículo 1.F.a, respecto a considerar que la imputación de crímenes internacionales por tribunales internacionales satisface el estándar de motivos fundados para considerar que una persona es responsable de crímenes internacionales —objeto de la exclusión del estatuto de refugiado—. Esta posible analogía

⁵⁹ *Prosecutor c. Katanga/Chui*, ICC-01/04-01/07-1497 OAB, Appeals Chamber, 25 September 2009, § 83.

⁶⁰ La decisión nacional en cuestión se trataba de una Orden librada el 16 de septiembre de 2004 por la Corte Regional de Bangui en la República Central Africana que declaraba el sobreseimiento de los cargos en razón a constituir estos la base de los cargos ante la CPI.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

plantea la posibilidad de una modificación o *relajación* en los cánones de interpretación de la regla a partir de las interpretaciones avanzadas por la CPI en cuanto a los criterios de admisibilidad, cuyo punto concreto de ejemplificación se desprende de la hipótesis planteada en este punto.

Con relación al tiempo de análisis de los criterios de falta de voluntad o incapacidad, la Sala de Apelaciones determinó en *Katanga/Chui* que este procede solo en los casos en los que las investigaciones o enjuiciamientos han sido llevados a cabo o están en curso. En consecuencia, una situación de inactividad del Estado de la jurisdicción lleva a la determinación de admisibilidad, siempre y cuando esta alcance el umbral de gravedad, conforme al artículo 17.1.d.⁶¹ En términos generales puede considerarse que la valoración de una situación de inactividad en el Estado de la jurisdicción resulta convergente en ambos ámbitos jurisprudenciales de interés aquí, esto es, de la CIDH y de la CPI. En efecto, desde el primer caso que suscitó el pronunciamiento relativo a la falta de actividad de un Estado, esto es, el caso de la *Panel Blanca*, la CIDH ha asimilado la situación de inactividad con un estado de impunidad, considerando esta última como “[...] la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la CADH, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.⁶²

Conclusión

Una de las áreas de peculiar intersección de las jurisdicciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional, como puede advertirse del análisis previo, es la referida a la regla del agotamiento de recursos internos y los parámetros que hacen al análisis de admisibilidad en el marco del ECPI. Esta es, en consecuencia, una de las áreas donde el llamado *cross-fertilization process* encuentra un importante punto de interés.

⁶¹ *Prosecutor c. Katanga/Chui*, ICC-01/04-01/07-1497 OA8, Appeals Chamber, 25 September 2009, párrs. 1, 76-9, 97.

⁶² Caso de la *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros c. Guatemala)*, sentencia de 8 de marzo de 1998, § 173.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

En efecto, no obstante de tratarse de sistemas de responsabilidad internacional distintos en cuanto a su naturaleza, particularmente teniendo en cuenta que a la luz del artículo 21.3 del ECPI la aplicación e interpretación del derecho aplicable para la CPI (establecido en el artículo 21) ha de ser consistente con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, la interpretación y aplicación de aspectos que hacen a la regla del agotamiento de recursos internos constituye un importante insumo. La articulación de la jurisprudencia de la Corte IDH con relación al artículo 21.3 es, por tanto, un ámbito ciertamente de interés, que podría ser mayormente explorado en las futuras decisiones sobre —y en conexión— con la determinación de admisibilidad a la luz del principio de complementariedad.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: “The Legal Framework of Transitional Justice”, en Kai AMBOS *et ál.* (eds.): *Building a Future on Peace and Justice*, Berlín: Springer, 2009.
- AMERASINGHE, Chittharanjan Felix: *Local Remedies in International Law*, Nueva York: Cambridge University Press, 2004.
- BITTI, Gilbert: “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC”, en Carsten STAHN y Goran SLUITER (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Países Bajos: Koninklijke Brill N.V., 2008.
- CANÇADO TRINDADE, Augusto: “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, 1991.
- COURTNEY, Jocelyn: “Enforced Disappearances in Colombia: a Plea for Synergy between the Courts”, en *International Criminal Law Review*, n.º 10, 2010.
- DONDÉ, Javier: “El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai AMBOS *et ál.* (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

- EL ZEIDY, Mohamed: “The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: an Assessment of the First State’s Party Referral to the ICC”, en *International Criminal Law Review* 5(83), 2005.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, n.º 46, 2007, <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1020951901/Faundez.pdf [16.12.2010].
- HUERTAS DÍAZ, Omar, et ál. (comps.): *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia 1980-2005*, Bogotá: Universidad Autónoma y Grupo Editorial Ibañez, 2005.
- IGNACIO MONDELLI, Juan: “Los estándares internacionales de protección y el nuevo decreto supremo sobre refugiados: avances y retrocesos en el nuevo marco normativo interno”, en *Revista Especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia, Derechos Humanos y Acción Defensorial*, 1(1), 2006.
- KLEFFNER, Jan: *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Nueva York: Oxford University Press, 2008.
- OETTE, Lutz: “Bringing Justice to Victims? Responses of Regional and International Human Rights Courts and Treaty Bodies to Mass Violations”, en Carla FERSTMAN et ál. (eds.): *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity. Systems in Place and Systems in the Making*, Leiden: Nijhoff, 2009.
- QUEL LÓPEZ, Javier: “El agotamiento de los recursos internos, criterios uniformes de aplicación en la jurisprudencia y en la codificación internacional”, en PACIS ARTES, *Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid: Eurolex, 2005.
- RUILOBA SANTANA, Eloy: *El agotamiento de los recursos internos como condición de la responsabilidad internacional* (extracto), Valencia: Anales de la Universidad de Valencia, 1970.
- SANTALLA VARGAS, Elizabeth: “Informe sobre Bolivia”, en Kai AMBOS et ál. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- VAN DER WILT, Harmen y Sandra LYNGDORF: “Procedural Obligations under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

of Unwillingness and Inability in the Context of the Complementarity Principle”,
en *International Criminal Law Review*, n.º 9, 2009.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Viviana Gallardo y otras, decisión de 13 de noviembre de 1981, Corte IDH (serie A, n.º G 101/81).

Garantías judiciales en estados de emergencia, Opinión Consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1987, Corte IDH (serie A, n.º 9).

Fairén Garbi y Solís Corrales contra Honduras, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, Corte IDH (serie C, n.º 2).

Godínez Cruz contra Honduras, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, Corte IDH (serie C, n.º 3).

Velásquez Rodríguez contra Honduras, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, Corte IDH (serie C, n.º 1).

Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte IDH (serie C, n.º 4).

Godínez Cruz contra Honduras, sentencia de 20 de enero de 1989, Corte IDH (serie C, n.º 5).

Excepciones al agotamiento de los recursos internos, opinión consultiva OC-11/90, de 10 de agosto de 1990, Corte IDH (serie A, n.º 11).

Neira Alegria y otros contra Perú, sentencia de 19 de enero de 1995, Corte IDH (serie C, n.º 20).

Castillo Paéz contra Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997, Corte IDH (serie C, n.º 34).

Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 27 de noviembre de 1998, reparaciones y costas, Corte IDH (serie C, n.º 42).

Castillo Paéz contra Perú, sentencia de 27 de noviembre de 1998, reparaciones y costas, Corte IDH (serie C, n.º 43).

Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros contra Guatemala), sentencia de 8 de marzo de 1998, Corte IDH (serie C, n.º 37).

Castillo Petruzzi y otros contra Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, Corte IDH (serie C, n.º 52).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

- Barrios Altos contra Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, Corte IDH (serie C, n.º 75).
- Barrios Altos contra Perú*, interpretación de la sentencia de fondo, sentencia de 3 de septiembre de 2001, Corte IDH (serie C, n.º 78).
- Trujillo Oroza contra Bolivia*, reparaciones y costas, sentencia de 27 de febrero de 2002, Corte IDH (serie C, n.º 92).
- Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 7 de junio de 2003, Corte IDH (serie C, n.º 99).
- Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, sentencia de 23 de noviembre de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 118).
- 19 comerciantes contra Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 109).
- Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 74).
- Molina Theissen contra Guatemala*, reparaciones, sentencia de 3 de julio de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 108).
- Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Corte IDH (serie C, n.º 122).
- Comunidad Moiwana contra Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005, Corte IDH (serie C, n.º 124).
- Almonacid Arellano y otros contra Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade), Corte IDH (serie C, n.º 154).

Corte Penal Internacional

- Situation in the Democratic Republic of the Congo, *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58, ICC-01/04-01/06-1-Corr, PTC-I, 10 February 2006.
- Situation in the Democratic Republic of the Congo, *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court Pursuant to Article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006, ICC-01/04-01/06-772, Appeals Chamber, 14 December 2006.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

Situation in Darfur, Sudan, *Prosecutor v. Harun y Kushayb*, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, ICC-02/05-01/07-1-Corr, PTC-I, 27 April 2007.

Situation in the Republic of Kenya, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01-09, Pre-Trial Chamber II, 31 March 2009.

Situation in the Democratic Republic of the Congo, *Prosecutor v. Katanga/Chui*, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497 OA8, Appeals Chamber, 25 September 2009.