

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL TRAS EL LENTE DE LAS CORTES FEDERALES

*Ada Sheng**

I. INTRODUCCIÓN	495
II. TRASFONDO	496
III. AGOTAMIENTO DE REMEDIOS ESTATALES ANTES DEL HÁBEAS FEDERAL	504
IV. LA REGLA DEL FALLO FINAL	508
V. ABSTENCIÓN	511
VI. EXCEPCIONES	514
A. <i>Excepciones al Agotamiento de Remedios Estatales</i>	515
B. <i>Excepciones a la Regla de Juicio Final</i>	521
C. <i>Excepciones a la Doctrina de Abstención</i>	526
D. <i>Posibles Bases Futuras para Excepciones de Admisibilidad CPI</i>	536
VII. CONCLUSIÓN	537

I. INTRODUCCIÓN

La firma del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional (CPI) fue visto por muchos en la comunidad de derecho internacional como un momento constitucional similar a la implementación del Acto de Judicatura de 1789.¹ Al nacer un nuevo tipo de institución legal, el Estatuto de Roma creó un vacío en la capacidad de cualquier cuerpo de ley existente de transportar precisamente la naturaleza de la CPI. La Corte no está en una relación directamente vertical ni horizontal con las cortes Estatales, y como consecuencia las normas tradicionales legales internacionales o nacionales no se aplican.² Al principio las cortes federales encontraron, en

* Law Clerk to the Hon. Morris E. Lasker, Senior United States District Judge, District of Massachusetts. J.D., Harvard Law School; M.P.P., John F. Kennedy School of Government, Harvard University; B.S., Yale University.

1. Leila Nadya Sadat & S. Richard Carden, *The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution*, [La Nueva Corte Penal Internacional: Una Revolución Insegura], 88 GEO. L.J. 381, 407 (2000).

2. Ver Harold Koh, *The 1998 Frankel Lecture: Bringing International Law Home* [La Conferencia de Frankel de 1998: Trayendo la ley Internacional A Casa], 35 HOUS. L. REV. 623 (1998) (diferenciando entre regímenes horizontales en los cuales los estados de nación actúan recíprocamente en un nivel de estado a estado dentro de regímenes de tratados, y regímenes verticales en los cuales normas legales internacionales son promovidas de un cuerpo y es integrado gradualmente en cada

relación a las cortes estatales, muchos de los mismos problemas que la CPI encuentra en relación a cortes nacionales porque el sistema de las cortes federales proporcionó un nuevo modo de imaginar la estructura legal americana.³ Aunque la comparación no es perfecta, las similitudes hacen que la doctrina de ley de las cortes federales sea pertinente a un estudio de la manera en la cual la CPI puede actuar recíprocamente con los Estados.⁴ La ley de las cortes federales contiene una riqueza de doctrinas, como el agotamiento y la abstención, que es útil para explicar la deferencia de la CPI a los procedimientos estatales, un régimen conocido como la complementariedad, y cómo o cuándo la CPI puede o debe desviarse de la deferencia inicial.

II. TRASFONDO

La Corte Penal Internacional (CPI) se originó como consecuencia de una convención multilateral, conocida como el Estatuto de Roma, que fue firmada el 17 de julio de 1998.⁵ El Estatuto de Roma se hizo efectivo por la votación de 120 estados y la Corte nació el 1 de julio del 2002.⁶ Con casi cien ratificaciones, la Corte está ahora en su tercer año de existencia. La Corte consiste de la Presidencia, Cámaras, en las cuales los jueces presiden, la Oficina del Fiscal, quien es responsable de recibir remisiones y conducir investigaciones y enjuiciamientos, y el Registro, que es responsable por los aspectos no-judiciales de la administración de la Corte.⁷ En el mayor contexto, la CPI es la primera de su clase. Es una Corte criminal permanente cuyos parientes más cercanos, el Tribunal Internacional Criminal para Yugoslavia (ICTY) y el Tribunal Internacional Criminal para

nación a nivel nacional; la CPI no requiere leyes de integración de los Estados Partes, pero no actúa en un nivel de estado a estado, ocupando así un extraño espacio intermedio).

3. WILFRED RITZ, *REWRITING THE HISTORY OF THE JUDICIARY ACT OF 1789: EXPOSING MYTHS, CHALLENGING PREMISES, AND USING NEW EVIDENCE* 5 [ESCRIBIR DE NUEVO LA HISTORIA DEL ACTO DE JUDICATURA DE 1789: EXPONIENDO MITOS, CUESTIONANDO IDEAS, Y UTILIZANDO NUEVAS PRUEBAS 5], (Wythe Holt & L.H. LaRue eds., Univ. of Okla. Press 1990) ("El hecho más asombroso sobre el nuevo sistema nacional judicial es que era realmente nuevo . . . se debe destacar que las judicaturas estatales que existían al final del siglo dieciocho no fueron organizadas de la manera actual y que parte de la controversia que rodea al artículo III surgió de este hecho histórico.").

4. *Ver* Ernest A. Young, *Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System* [Establecimiento Institucional en un Sistema Judicial Global], 54 DUKE L.J. 1143 (2005) (proponiendo la necesidad de aplicar la teoría de los cortes federales a la relación "de las cortes supranacionales" a instituciones domésticas).

5. WILLIAM SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court* [Una Introducción a la Corte Penal Internacional], 1-25 (2004).

6. *Id.* en vii.

7. *Id.* en 151.

Rwanda (ICTR), ambos cuerpos de las Naciones Unidas que tienen jurisdicción temporal y geográfica limitada.⁸

Después de un proceso de negociación polémico en la cual los intereses de Estados soberanos, grupos de derechos humanos y otras organizaciones no gubernamentales, chocaron sobre el poder que se intentaba dar a la Corte, el Estatuto de Roma concedió a la CPI un régimen de complementariedad que le da a los Estados el derecho primario de conducir procedimientos en casos, que de otra manera, podrían calificar para jurisdicción de la CPI.⁹ Esta idea fue incorporada en el párrafo 10 del Preámbulo del Estatuto de Roma como la idea de “que la Corte Penal Internacional establecida bajo este Estatuto será complementaria a jurisdicciones nacionales criminales.”¹⁰ Al contraste de las cartas del ICTY e ICTR que le dan primacía a esas cortes sobre cualquier procedimiento nacional,¹¹ la CPI fue designada para ser secundaria y solo proporcionar un

8. *Ver generalmente* ROY S. LEE, *Introduction, in THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: THE MAKING OF THE ROME STATUTE ISSUES, NEGOTIATIONS, RESULTS [Introducción, en LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LA CREACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA, TEMAS, NEGOCIACIONES, RESULTADOS]* 1 (1999); SCHABAS, *supra* nota 5; M. CHERIF BASSIOUNI, *Historical Survey: 1919–1998, in THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A DOCUMENTARY HISTORY [Investigación Histórica: 1919–1998, en EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UNA HISTORIA DOCUMENTAL]* 1 (1998) [en lo sucesivo *Investigación Histórica*]; Rome Statute of the International Criminal Court, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court [El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Conferencia Diplomática de los Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional], July 17, 1998, U.N. Doc. A/CONF. 183/9 (1998), 2187 U.N.T.S. 90 (1998) [en lo sucesivo *El Estatuto de Roma*].

9. *Ver* Philippe Kirsch & John T. Holmes, *The Rome Conference on an International Court: The Negotiating Process [La Conferencia de Roma sobre una Corte Internacional: El Proceso de Negociación]*, 93 AM. J. INT'L L. 2 (1999); OTTO TRIFFTERER, *Preliminary Remarks: The Permanent ICC—Ideal and Reality, in COMMENTARY ON THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: OBSERVERS' NOTES, ARTICLE BY ARTICLE 43 [Comentarios Preliminares: La CPI Permanente—Ideal y Realidad, en COMENTARIO SOBRE EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: APUNTES DE LOS OBSERVADORES, ARTÍCULO POR ARTÍCULO 43]* (1999); JOHN T. HOLMES, *The Principle of Complementarity, in THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: THE MAKING OF THE ROME STATUTE ISSUES, NEGOTIATIONS, RESULTS [El Principio de Complementariedad, en LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LA CREACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA, TEMAS, NEGOCIACIONES, RESULTADOS]* 41 (1999) [en lo sucesivo *el Principio de Complementariedad*]; BRUCE BROOMHALL, *INTERNATIONAL JUSTICE AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: BETWEEN SOVEREIGNTY AND THE RULE OF LAW [JUSTICIA INTERNACIONAL Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: ENTRE SOBERANÍA Y EL ESTADO DE DERECHO]* 67–78 (2003) [en lo sucesivo *JUSTICIA INTERNACIONAL*]; *Ver generalmente*, WILLIAM DRISCOLL, JOSEPH ZOMPETTI, AND SUZETTE ZOMPETTI, eds., *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: GLOBAL POLITICS AND THE QUEST FOR JUSTICE [LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: POLÍTICA GLOBAL Y LA BÚSQUEDA DE JUSTICIA]* (2004).

10. *El Estatuto de Roma, supra* nota 8, en el para. 10.

11. *Ver* Mohammed El Zeidy, *The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law [El Principio de Complementariedad: Una Nueva Maquinaria para Poner en Práctica el Derecho Criminal Internacional]*, 23 MICH. J. INT'L L. 869, 882–89 (2002); JOHN T. HOLMES, *Complementarity: National Courts versus the ICC, in I THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY [Complementariedad: Cortes Nacionales contra la CPI, en I EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN COMENTARIO]* 668–70 (Antonio Cassese et al., eds., 2002) [en lo sucesivo *Cortes Nacionales contra la CPI*].

foro cuando los procedimientos Estatales fallan. Por esta razón, la Corte, según el Artículo 17, conserva la capacidad de iniciar investigaciones y enjuiciamientos solo cuando es capaz de demostrar que el Estado no ha tomado ninguna acción o que el Estado “está indispuerto o no tiene la capacidad para realmente llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento.”¹² La idea es que,

Al ejercer su jurisdicción, la Corte funciona como una extensión de la *jurisdicción* criminal territorial y nacional disponible para los Estados Partes; limitando ese ejercicio a casos en los cuales los Estados están indispuertos o no tiene la capacidad, el Estatuto demuestra que la Corte no es una extensión de los sistemas nacionales de Justicia criminal de los Estados Partes. La Corte no sustituye o suplanta jurisdicciones nacionales.”¹³

El consentimiento de los Estados que, por sus firmas, “reconocen la jurisdicción de la Corte sobre todos los crímenes dentro de su jurisdicción” es crucial para este régimen.¹⁴ La base de la jurisdicción de la Corte es el consentimiento Estatal que funciona solo como una extensión de los sistemas nacionales, cuando los Estados no están capacitados, no como una corte de apelación.¹⁵

Para este propósito, la Corte tiene un nicho muy específico en el cual está diseñada para funcionar. La CPI sólo tiene competencia de jurisdicción de materia sobre crímenes catalogados y definidos dentro del estatuto mismo, principalmente el genocidio, crímenes contra la humanidad, y crímenes de guerra.¹⁶ Además, la Corte está limitada a crímenes cometidos después de la promulgación del Estatuto,¹⁷ y la jurisdicción de la Corte sólo puede ser ejercida por medio de uno de las tres vías: la remisión por Estado Parte, remisión por el Consejo de Seguridad, o el Fiscal puede iniciar una investigación basada en su poder *proprio motu*.¹⁸

12. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el art. 17.

13. Bruce Broomhall, *The International Criminal Court: Overview and Cooperation with States*, in ICC RATIFICATION AND NATIONAL IMPLEMENTING LEGISLATION [*La Corte Penal Internacional: Resumen y Cooperación con los Estados*, en LA CPI RATIFICACIÓN Y LA IMPLEMENTACIÓN DE LEGISLACIÓN NACIONAL] 143 (1999) [en lo sucesivo *Resumen y Cooperación*].

14. *Id.* en 64.

15. *Ver* Holmes, *supra* nota 9, en 49 (citando las preocupaciones de los Estados de que la Corte funcione como una corte de apelación).

16. Estos están catalogados y definidos con gran especificidad en los art. 5–8. Los crímenes de agresión fueron tabulados bajo el Artículo 123 para discusión adicional y posible adopción durante la primera Conferencia de Revisión siete años después de que el Estatuto de Roma entró en vigor. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8.

17. Esto es bajo la jurisdicción *ratione temporis* en el artículo II del Estatuto de Roma.

18. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en los arts. 13–15.

Aunque típicamente la complementariedad es considerada una protección para la soberanía nacional, en realidad abarca una capacidad doble. Desde un punto de vista simple, la complementariedad le permite a la Corte deferir a poderes judiciales nacionales y le impide quitarle jurisdicción a los Estados.¹⁹ Sin embargo el punto de contacto de la CPI y de la jurisdicción nacional también crea una área de extensión para el alcance de la jurisdicción de la CPI, al permitir que la Corte revise y evalúe los poderes judiciales nacionales. La tensión entre el mandato doble de la Corte de practicar restricción y autonomía, otra vez nos recuerda la necesidad del sistema de cortes federales de manejar la independencia de las cortes estatales y al mismo tiempo mantener la supremacía de la ley federal y de la Constitución.

La CPI en sus etapas incipientes de desarrollo enfrenta los retos de delinear limitaciones y normas para su proceso de admisión de casos. Tal como la Corte Suprema en *Marbury v Madison* reservó la capacidad de determinar la magnitud de su propia jurisdicción,²⁰ el Estatuto de Roma le da a la CPI la tarea de determinar el grado de su propia jurisdicción.²¹ Como parte de sus deberes, la Corte tiene que hacer determinaciones sobre los requisitos de admisibilidad, una tarea que comienza con los criterios prescritos por el Estatuto de Roma. Aunque la palabra complementariedad no fue usada en el Estatuto de Roma, la idea es incorporada en varias partes del tratado. Por ejemplo, el Preámbulo declara que la CPI “será complementaria a jurisdicciones nacionales criminales.”²² Sin embargo, el quid del esquema de complementariedad está en el Artículo 17 que discute la admisibilidad. En resumen, el Artículo 17 requiere que la Corte considere un caso inadmisibile cuando

- a) Un Estado ya está investigando o ha iniciado una acción judicial;
- b) El Estado ya ha investigado y ha decidido no enjuiciar;
- c) El acusado ya ha sido enjuiciado o;
- d) El caso no es suficientemente grave.²³

19. La complementariedad no está precisamente alineada con la jurisdicción porque depende de la admisibilidad, un tipo de criterio “cuasi jurisdiccional” para determinar el número de casos de la CPI que no tiene contraparte en la ley de las cortes federales. Ver Christopher Blakesley et al., *Association of American Law Schools Panel on the International Criminal Court*, [Panel de La Asociación Americana de Escuelas de Derecho Sobre la Corte Penal Internacional], 36 AM. CRIM. L. REV 223, 247-49 (1999). Para el objetivo presente, comparar la admisibilidad con una decisión sobre la jurisdicción es suficiente.

20. 5 U.S. 137 (1803).

21. Ver Holmes, *supra* nota 11, en 672 (“La CPI es el árbitro de su propia jurisdicción. . . . el Artículo 19(1), por ejemplo, provee que la Corte estará satisfecha de que tiene jurisdicción en cualquier caso. El Artículo 17(1), declara que la Corte es quien determina si un caso es inadmisibile.”).

22. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en pmb. para. 10; ver también art. 1.

23. *Id.* en el art. 17.

Sin embargo, un caso *es* admisible, si el Fiscal puede demostrar que cualquiera de las situaciones mencionadas anteriormente fueron el resultado de la “indisposición” or la “incapacidad” del Estado para realmente enjuiciar. El factor de indisposición se evalúa en base a que si el procesamiento nacional fue diseñado para proteger al acusado o constituyó una tardanza injustificada en traer al acusado ante la justicia.²⁴ Mientras tanto la incapacidad se determina en base a “que debido un derrumbamiento total o sustancial o la indisponibilidad de su sistema nacional judicial, el Estado no tiene la capacidad de obtener al acusado o las pruebas y el testimonio necesarios o de llevar a cabo el procedimiento.”²⁵

Las complicaciones del esquema de complementariedad del la CPI se exploran mejor mediante una extrapolación hipotética de la remisión reciente por parte del Consejo de Seguridad de la situación reciente en Darfur, Sudán, según el Artículo 13(b) del Estatuto de Roma.²⁶ La diferencia de las investigaciones actuales de la Corte en Uganda y la República Democrática del Congo y sus remisiones más recientes de la Costa de Marfil y la República Centroafricana, los cuales son todos signatarios del Estatuto de Roma y fueron remitidos por los Estados mismos conforme al Artículo 13(a), Sudán no es signatario del Estatuto de Roma.²⁷ Antes de la remisión por parte del Consejo de Seguridad, el Fiscal de la CPI no podía considerar una investigación de la situación en Darfur. Sudán ha respondido vehementemente que la CPI no tiene jurisdicción sobre sus ciudadanos y que no cooperará con la CPI en ninguna investigación.²⁸

Ignorando por ahora la aplicación inevitable y los cuestiones de cooperación que surgirían con el advenimiento de una investigación por la CPI de un Estado no cooperativo, la pregunta más inminente, que surge por

24. *Id.* en el art. 17(2).

25. *Id.* en el art. 17(3).

26. La crisis en Darfur es bien documentada por grupos como Human Rights Watch, el Comité Internacional de la Cruz Roja, Médicos Sin Fronteras al igual que por naciones en el mundo entero. El gobierno americano evaluó que las matanzas en Darfur alcanzan el nivel de genocidio. *Ver CNN, Powell Calls Sudan Killings Genocide [Powell Llama a las Matanzas de Sudán Genocidio]*, el 9 de septiembre de 2004, disponible en <<http://www.cnn.com/2004/WORLD/africa/09/09/sudan.powell/>> (última visita el 27 de abril del 2005); también ver El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el art. 13(b).

27. STATE PARTIES TO THE ROME STATUE OF THE ICC, ACCORDING TO THE UN GENERAL ASSEMBLY REGIONAL GROUPS [ESTADOS PARTES DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CPI, SEGÚN LA ASAMBLEA GENERAL DE GRUPOS REGIONALES DE LAS NACIONES UNIDAS] (2006), disponible en <http://www.iccnw.org/documents/RATIFICATIONSbyUNGroups.pdf/> (ultima visita el 17 de Marzo del 2007).

28. Warren Hoge, *International War Crimes Prosecutor Gets List of 51 Sudan Suspects [El Fiscal de Crímenes de Guerra Internacional Obtiene la Lista de 51 Sospechosos en Sudán]* N.Y. TIMES, el 6 de Abril del 2005, en A6 (El presidente Sudanés Omar Al-Bashir juró “tres veces en nombre de Dios Todopoderoso . . . Jamás le entregaré un ciudadano Sudanés a un tribunal extranjero” y prometió enjuiciar a sospechosos de crímenes de guerra.).

la situación en Darfur, es cómo la Corte va a manejar el tema de admisibilidad. Como las remisiones anteriores han venido de los mismos Estados, convirtiéndose en una renuncia a la exigencia de admisibilidad,²⁹ la Corte nunca ha tratado en realidad el asunto de la admisibilidad. Las excepciones a la complementariedad parecen, teóricamente, bastante simples—la sencilla prueba de indiposición o de incapacidad—pero cuando se confronta a Darfur, una situación en la cual el gobierno nacional y la judicatura están intactas e indispuestos a ceder la jurisdicción a la CPI, avanzar libremente con un derecho reclamado de revisar y enjuiciar no parece simple.

La primera situación para Darfur es el asunto de la tierra de nadie como existió antes de que el gobierno Sudanés creara la Corte Penal Especial de Darfur, una Corte viajera de tres jueces, en junio del 2005. Antes de aquel tiempo, el gobierno Sudanés no había iniciado una investigación formal para la situación en Darfur, aunque todos las partes estaban indudablemente conscientes de las numerosas atrocidades que se habían cometido. El régimen de Jartum, a pesar de la protesta internacional sobre su manejo de Darfur, continuamente reaseguró a la comunidad internacional que estaba manejando la situación correctamente sin comprometerse en realidad a nada.³⁰ El Fiscal, mientras tanto, debe actuar con respecto a la remisión transmitida por el Consejo de Seguridad.³¹ El artículo 53 concede al Fiscal la discreción de abandonar la situación, catalogando varios factores que pueden formar la base del abandono, incluyendo la admisibilidad bajo el Artículo 17.³² En un nivel práctico, hasta una remisión por parte del Consejo de Seguridad no elimina la necesidad de que el Fiscal evalúe la admisibilidad de un caso antes o después de que la investigación comience.

Según los propios criterios de la Corte, en la ausencia de cualquier acción Estatal actual o pasada sobre el asunto, la CPI no afronta ningún

29. *Ver infra*. p. 28 para discusión sobre remisiones y renuncias.

30. *Ver p.e.*, Koert Lindijer, *Analysis: Reining in the Militia [Análisis: Reinando en la Milicia]* BBC NEWS, disponible en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/afrika/3594520.stm> (25 de Octubre del 2004) (última visita el 27 de Abril de 2005).

31. Hay una tentación de ver un referido del Consejo de Seguridad como una renuncia clara de cualquier consideración de admisibilidad. *Ver Zeidy, supra* nota 11, en 957 (declarando “de un punto de vista puramente formal . . . el referido de una situación por el Consejo de Seguridad es considerado una base razonable para que el Fiscal inicie una investigación, sin la revisión preventiva de la admisibilidad, con un ojo a la aplicación del principio de complementariedad.”). Un punto de vista va hasta el punto de declarar que es *requerido* que el Fiscal lance una investigación después del referido del Consejo de Seguridad y tiene la discreción de abandonar sólo después de que la investigación ha comenzado. *Ver Schabas, supra* nota 5, en 123.

32. Además de la admisibilidad, el Artículo 53(1) especifica que el Fiscal puede considerar si hay “una base razonable para creer que un crimen” ha sido cometido y si, “teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, hay motivos sustanciales para creer que una investigación no serviría los intereses de la justicia.” El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el art. 51.

impedimento para comenzar una investigación.³³ La Corte supone que si tiene un interés en comenzar una investigación y un Estado está alosado en una etapa “de inacción,” la admisibilidad no es un asunto que necesita debate porque la inacción se iguala a una admisibilidad obvia.³⁴ Este punto de vista sobre la situación de la inacción es perceptiblemente más fuerte que las palabras usadas en el Artículo 17 y en otras partes del Estatuto de Roma. Por ejemplo, el Artículo 17(1) utiliza un tipo de estructura de negación doble para declarar que un caso es *inadmisibile a menos que* los elementos de indispuerto o incapaz estén presentes.³⁵ La presunción en la cual se basa la complementariedad es la deferencia a enjuiciamientos nacionales a menos que el Estado muestre que está bien preparado. Una interpretación de la posición de la Corte, en cuanto a la inacción completa Estatal, puede ser que la inacción es el tipo más severo de desinterés que merece la omisión de la determinación de admisibilidad.

Una situación ligeramente diferente está prevista bajo el Artículo 17(1)(b).³⁶ Para un caso en el cual el Estado ya ha conducido una investigación y ha decidido no enjuiciar, la CPI debe ceder y considerar el caso inadmisibile a menos que la decisión de no avanzar fue estimulada por la indisposición o incapacidad del Estado.³⁷ Aunque la inadmisibilidat no se renuncia tan fácilmente en esta situación, la inacción del Estado todavía puede conducir a una suposición de admisibilidat por la Corte en la ausencia de algún procedimiento en curso, o una evaluación de la disposición o capacidad del Estado que probablemente estimulará al Estado a la situación que se discute en lo sucesivo. En cualquier caso, por motivos prácticos, la inacción y la decisión de no enjuiciar serán manejadas de la misma manera por la Corte.

Darfur, en esta primera situación, en el cual no tiene ningún historial de una investigación o enjuiciamiento o ninguna intención de comenzar procedimientos, crea muy poco conflicto entre la CPI y la jurisdicción

33. Office of the Prosecutor Informal Expert Paper, *The Principle of Complementarity in Practice*, International Criminal Court [Fiscalía Trabajo Experto Informal, *El Principio de la Complementariedad en Práctica*, La Corte Penal Internacional] (2003), disponible en <http://www.icc-cpi.int/otp/complementarity.html> (última visita el 27 de abril del 2005) [en lo sucesivo *Complementariedad en Práctica*].

34. *Id.* (“[L]a situación mas simple es donde ningún Estado ha iniciado una investigación (la situación de la inacción). En tal situación, ningunas de las alternativas de los Artículos 17(1)(a)–(c) están satisfechas y no hay ningún impedimento a la admisibilidat. En consecuencia, no hay ninguna necesidad de examinar los factores de indisposición o incapacidad; el caso es simplemente admisibile conforme a los términos claros del Artículo 17.”).

35. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el art. 17(1).

36. *Id.* en el art. 17(1)(b).

37. Sharon Williams, *Issues of Admissibility*, in COMMENTARY ON THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: OBSERVERS’ NOTES, ARTICLE BY ARTICLE 393 [*Cuestiones de Admisibilidat*, en COMENTARIO DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: APUNTES DE LOS OBSERVADORES ARTÍCULO POR ARTÍCULO] 393 (Triffterer ed., 1999).

nacional porque sólo una jurisdicción—la de la Corte—está siendo afirmada. Realísticamente, esta etapa casi nunca persistirá a menos que el Estado, por alguna razón política, secretamente deseara la intervención de la CPI y proceda a cooperar con la CPI.³⁸ De lo contrario, la etapa de inacción parece inextricablemente atada a una respuesta negativa por parte del Estado cuya jurisdicción ha sido cuestionada.

La reacción del Estado a la intención de la CPI de investigar conduce a la segunda situación que es la actual. El gobierno Sudanés respaldó sus declaraciones y comenzó sus propios procedimientos nacionales contra los presuntos responsables de crímenes castigados bajo el Estatuto de Roma. Como la remisión de Darfur vino mediante el Consejo de Seguridad, la Corte sigue reglas distintas a las de una remisión de un Estado Parte o un ejercicio de los poderes *proprio motu* del Fiscal.³⁹ El Artículo 19 del Estatuto le permite a Sudán cuestionar la admisibilidad del caso con la CPI, lo cual presuntivamente haría si condujera sus propios procedimientos.⁴⁰ El artículo 19 no hace ninguna exigencia específica al Fiscal de deferir a la investigación Estatal, lo cual significa que esta segunda situación se divide en dos posibilidades: 1) el Fiscal defiere al Estado como lo haría bajo el Artículo 18,⁴¹ o 2) él se dispone a argumentar el caso que el gobierno Sudanés está conduciendo los procedimientos de una manera que califica a Sudán como “indispuesto o incapaz de realmente a llevar a cabo la investigación.”⁴² Si la Corte decide deferir a Sudán, puede seguir claramente muchas de las doctrinas que definen los fundamentos de ley de las cortes federales. Pero si la Corte, después de examinar los procedimientos de Sudán determina que estos no cumplen con las normas del Estatuto de Roma, decide remover la investigación o el enjuiciamiento

38. *Ver infra* nota 165.

39. *Ver* El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en los arts. 13, 15 y 18. Si la situación es remitida a la Corte por un Estado Parte según el Artículo 13(a) o es iniciada por el ejercicio de los poderes *proprio motu del Fiscal* bajo los Artículos 13(c) y 15, entonces el Fiscal debe satisfacer ciertas obligaciones según el Artículo 18, que, sin embargo, no se refieren a las remisiones por parte del Consejo de Seguridad como Darfur. Bajo el Artículo 18, el Fiscal debe notificarle a todos los Estados Parte y los Estados relevantes cuya jurisdicción puede traslapar. Si un Estado le informa a la Corte dentro de un período de un mes de la notificación que está investigando o ha investigado las posibles violaciones del Estatuto de Roma, el Fiscal debe deferir a la investigación Estatal a no ser que la Sala Preliminar autorice más investigaciones. El Fiscal tiene permiso para revisar la investigación del Estado después de seis meses y determinar si hay algún problema con la indisposición o la incapacidad.

40. *Id.* en el art. 19

41. *Ver* Antonio Cassese, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections* [*El Estatuto del la Corte Penal Internacional: Algunas Reflexiones Preliminares*], 10 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW [REVISTA EUROPEA DE DERECHO INTERNACIONAL] 144, 159 (1999) (“[A]unque ninguna notificación es necesaria en caso de una remisión por el Consejo de Seguridad según el Artículo 13(b), cualquier estado que tenga jurisdicción sobre los crímenes que forman el objeto de la remisión tiene el derecho de informar al Fiscal que está investigando o procesando el caso . . . por lo tanto obligando al Fiscal a deferir a las autoridades del estado.”).

42. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el art. 17(1)(a).

hacia la CPI, puede utilizar algunas de las excepciones de las doctrinas para definir sus límites y explicar sus determinaciones.

La primera opción es la que mejor alcanza el objetivo de promover enjuiciamientos nacionales y sigue el camino de resistencia mínima porque defiende a los procedimientos nacionales. La Corte, al deferir al Estado, apoya la presunción de que el Estado tiene el derecho primario o dominante de jurisdicción.⁴³ La tensión entre la CPI y la jurisdicción nacional es casi idéntica a un principio básico de ley de las cortes federales americanas—la tensión entre el poder federal y estatal. Las Cortes federales, como fueron creadas bajo el artículo III de la Constitución, fueron diseñadas para implementar los poderes del gobierno nacional y proporcionar una interpretación uniforme de la Constitución y las leyes federales.⁴⁴ El Principio básico del sistema de cortes federales—es que las cortes federales son cortes de jurisdicción limitada y que las cortes estatales son cortes de jurisdicción general—cede solamente un célula de jurisdicción a las cortes federales,⁴⁵ un sistema análogo a la manera en la cual la CPI sólo mantiene la jurisdicción “simultánea” sobre un segmento estrecho de la ley de un Estado.⁴⁶ Durante muchos años las cortes federales han tenido que trabajar alrededor de las limitaciones iniciales, lo cual ha resultado en un cuerpo de prescripciones usadas por las cortes federales para restringirse a sí mismas las cuales pueden proporcionar una buena base teórica para las decisiones futuras de la CPI.

III. AGOTAMIENTO DE REMEDIOS ESTATALES ANTES DEL HÁBEAS FEDERAL

Una doctrina que las cortes federales siguen al deferir a la jurisdicción estatal es el agotamiento de remedios estatales. En un nivel práctico, si el agotamiento de remedios estatales no fuera requerido, la cortes federales no serían capaces de manejar el volumen de casos que inundarían sus

43. Ver BROOMHALL, *supra* nota 9, en 86; SCHABAS, *supra* nota 5, en 67–68 (“[L]a jurisdicción que la comunidad internacional ha aceptado para su nueva Corte es más estrecha que la jurisdicción a la cual los Estados individuales tienen derecho a ejercer con respecto a los mismos crímenes.”).

44. ERWIN CHERMERINSKY, FEDERAL JURISDICTION 2 [JURISDICCIÓN FEDERAL 2] (4th ed. 2003).

45. *Id.* en 259–65.

46. El estado de jurisdicción de la CPI como “simultáneo” no es necesariamente unánime. Ver Sadat & Carden, *supra* nota 1, en 414 (indicando el ejercicio de jurisdicción de la CPI sólo en ciertas circunstancias excepcionales). En el sentido de federalismo, sin embargo, la relación de la CPI a jurisdicciones nacionales es claramente análoga a la jurisdicción simultánea y, como se discute debajo, la manera en la cual las cortes federales y estatales tratan la jurisdicción simultánea es sumamente relevante a un análisis de cualquier relación CPI-ESTATAL. Ver Ruth Philips, *The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and Admissibility* [El Estatuto de la Corte Penal Internacional: Jurisdicción y Admisibilidad], 10 CRIM. L. F. 61, 63 (1999).

circuitos⁴⁷ y el proceso estatal podría enfrentar tardanzas e interferencias injustificadas si las partes invocan procedimientos federales.⁴⁸ Más importante, sin embargo, es que la exigencia de agotamiento estatal incorpora un esfuerzo consciente de deferir a los estados como las sedes legítimas e iguales de jurisdicción.⁴⁹ Al deferir a procedimientos nacionales, la CPI puede invocar esta tradición de agotar remedios estatales.

La revisión por hábeas federal es la morada más conocida de la exigencia de agotamiento. La doctrina fue codificada en 28 U.S.C. §2254(b), pero la presunción de que los remedios estatales deben ser agotados existió antes de que fuera codificada.⁵⁰ El agotamiento procura conservar el delicado equilibrio entre los poderes federales y estatales para proteger mejor a las instituciones federales y estatales. En parte:

El agotamiento conserva el rol de las cortes estatales en la aplicación y ejecución de la ley federal. La intervención prematura federal en procedimientos criminales estatales tendería a remover las cuestiones federales de las cortes estatales, aislaría las cortes de asuntos constitucionales, y así removería su entendimiento y hospitalidad a intereses federalmente protegidos. Segundo, el agotamiento conserva la administración ordenada de los asuntos judiciales del estado, previniendo la interrupción de adjudicación estatal por procedimientos federales de hábeas. Es importante que los demandantes alcancen las cortes de apelación estatales, que pueden desarrollar y corregir errores de ley estatal y federal y supervisar e imponer uniformidad en las cortes de primera instancia más eficazmente.⁵¹

47. Ver CHEMERINSKY, *supra* nota 44, en 649 (“Tal jurisdicción simultánea es deseable porque, en la enorme mayoría de los casos, es preferible para la Corte presidir casos durante la apelación y no servir como una corte de primera instancia. La Corte Suprema está escasa de tiempo y recursos para funcionar con eficacia como una corte de jurisdicción original.”).

48. Ver *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37 (1971); *Davis v. Burke*, 179 U.S. 399 (1900).

49. Ver *Ex parte Royall*, 117 U.S. 241, 251 (1886) (“el mandato prohibiendo presidir el caso sumariamente, y por lo tanto ‘disponer de la parte como la ley y la justicia requieren’ no priva a la corte de discreción en cuanto al tiempo y el modo en cual va a ejercer sus poderes que se le han conferido. Esa discreción debe ser ejercida en vista de las relaciones en existencia, según nuestro sistema de gobierno, entre las cortes judiciales de la Unión y de los Estados, y en reconocimiento del bienestar público requiere que esas relaciones no sean perturbadas por el conflicto innecesario entre cortes que están igualmente obligadas a proteger los derechos asegurados por la Constitución.”) (énfasis añadido).

50. Ver *United States ex rel. Kennedy v. Tyler*, 269 U.S. 13, 17 (1925) (“No se debe intefierir con la administración de justicia prevista y ordenada en una corte estatal a menos que sea un caso raro donde se demuestran circunstancias excepcionales de urgencia peculiar.”); *Ex parte Hawk*, 321 U.S. 114, 116–18 (1944).

51. Notar, *Developments in the Law: Federal Habeas Corpus [Acontecimientos en el la ley: Hábeas Corpus Federal]*, 83 HARV. L. REV. 1038, 1094 (1970). Ver también *Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Kentucky*, 410 U.S. 484, 490 (1973) (“La doctrina del agotamiento es un instrumento jurídicamente creado que refleja un equilibrio cuidadoso entre los intereses importantes del federalismo

De estos motivos, el primero es particularmente relevante a la CPI debido a la poca capacidad de la Corte y su confianza en la buena voluntad continua de la comunidad internacional. La CPI es una corte de último recurso que no está equipada para manejar más que unos cuantos casos seleccionados a la vez.⁵² Además, a la Corte le irá mejor en ganar la cooperación para procedimientos subsiguientes de la CPI si protege los procedimientos del Estado los más posible.⁵³ El equivalente de la CPI de “los intereses federalmente protegidos” es el interés en proteger que la determinación del estado de procesar los crímenes conforme al Estatuto de Roma.⁵⁴ Si a un Estado se le hace sentir como un foro inadecuado, el Estado trabajará lo suficientemente duro para mostrar su propia capacidad, derrotando así el objetivo de la Corte de animar a los estados de traer a los sospechosos ante la justicia.⁵⁵ En el caso de Sudán, la remisión del Consejo de Seguridad ha puesto a ese país en el centro de atención pública y si la CPI defiriera a los procedimientos nacionales, Sudán sabría que cada una de sus acciones va a ser escudriñada. Para evitar más fracturas en las relaciones internacionales o sanciones, Sudán probablemente intentaría conducir sus procedimientos conforme a un estándar mínimo “siendo comunicado de manera independiente o imparcial” consistente con la “intención de hacer a la persona en cuestión comparecer ante la justicia.”⁵⁶

Esto entonces integra la segunda razón de la exigencia de agotamiento, de dejar que el estado “desarrolle y corrija los errores de ley estatal y federal.”⁵⁷ Bajo el sistema de complementariedad, la CPI tiene un mandato secundario de desarrollar las interpretaciones y aplicaciones estatales del Estatuto de Roma. Cuando la Corte observa y revisa los procedimientos de jurisdicciones nacionales para determinar la constitución de los procedimientos aceptables que evitan el alcance de la CPI, está de hecho

y la necesidad de conservar la orden de hábeas corpus como ‘un remedio rápido e imperativo en todos los casos de refrenamiento o confinamiento ilegal’. . . Esto no se puede usar como una excusa para destruir un intento de litigar reclamos constitucionales con respecto a los objetivos que son la base de la doctrina y que le dieron existencia.”)

52. Ver HOLMES, *supra* nota 11, en 667–73.

53. Ver BROOMHALL, *supra* nota 13, en 47.

54. Ver Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el párrafo 6 del Preámbulo (“Recordando que es el deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal sobre aquellos responsables de crímenes internacionales”).

55. Ver BROOMHALL, *supra* nota 13, en 86 (“Como la Corte tiene el poder de tomar las decisiones finales sobre la admisibilidad de casos antes de ella, los Estados que desean evitar la atención adversa, los enredos diplomáticos, el deber de cooperar y otras consecuencias de la actividad de la CPI tienen un verdadero incentivo para tomar medidas contra crímenes bajo el Estatuto.”).

56. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el art. 17(2)(c). La importancia de esta expresión está en su imprecisión. Mientras una revisión por la CPI de procedimientos nacionales no pediría un resultado específico, sus exigencias en cuanto a qué satisface la inadmisibilidad deja a los Estados en una posición en la cual tienen que realmente hacer el mejor esfuerzo posible en buena fe.

57. Ver CHEMERINSKY, *supra* nota 44.

proponiendo un conjunto de criterios para leyes nacionales y procedimientos.⁵⁸ La Corte y los Estados participan en un sistema de prueba y error, pero eventualmente los Estados van a moldar sus leyes nacionales según el cuerpo de leyes de la CPI.⁵⁹ La maravilla del proceso de agotamiento consiste en que no requiere que la CPI ostente su autoridad para alcanzar la integración de componentes del Estatuto de Roma en la ley nacional—la Corte puede quedarse a un lado mientras que las cortes nacionales sienten el peso del ojo vigilante de la Corte exhortando a los Estados que hagan su mejor esfuerzo.

Uno de los asuntos más fundamentales que la CPI afronta dentro del esquema de la complementariedad—la falta de una ley requerida de implementación por parte de los Estados signatarios—está relacionado al desarrollo de leyes nacionales. El Estatuto de Roma habría afrontado una ola de resistencia si hubiera empujado el requisito de que todos los Estados Parte implementen la ley sustantiva del Estatuto.⁶⁰ Aunque el Estatuto impone una obligación a los Estados de cooperar, conforme a la Parte 9, ese deber no se extiende a leyes para incorporar los crímenes.⁶¹ La diferencia que resulta entre el Estatuto de Roma y las leyes nacionales es una complicación probable para cualquier revisión de procedimientos nacionales que procuren determinar la capacidad, la buena voluntad y la autenticidad. Utilizando leyes nacionales domésticas, lo que se puede llamar “el enfoque de crímenes ordinarios,” un Estado con buenas intenciones podría realizar su rol según los requisitos de la admisibilidad sin imponer cargos por los mismos crímenes que el Estatuto de Roma.⁶²

58. Ver Michael Newton, *Comparative Complementarity: Domestic Jurisdiction Consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court* [La Complementariedad Comparativa: Jurisdicción Doméstica Consecuente con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional] 167 MIL. L. REV. 20, 32–33 (2001); Bassiouni, *supra* nota 8, en 2; Jenia Iontcheva Turner, *Nationalizing International Criminal Law* [Nacionalizando el Derecho Penal Internacional], 41 STAN. J. INT'L L. 1, 8–9 (2005).

59. Jann Kleffner, *The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law* [El Impacto de la Complementariedad sobre la Implementación Nacional de Derecho Penal Internacional Sustantivo], 1 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE [REVISTA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL] 86, 94 (2003) (“para que la CPI realice su función complementaria eficazmente, la implementación extensiva es indispensable. Para interpretar las provisiones sobre la complementariedad y para darles el mayor peso y efecto consecuente con las funciones de la CPI implica una obligación para los Estados Partes de establecer su jurisdicción sobre los crímenes de la CPI al grado requerido para el propósito de un enjuiciamiento nacional.”).

60. *Id.* en 91.

61. Ver Iontcheva Turner, *supra* nota 58, en 8.

62. Kleffner, *supra* nota 59, en 95–99. Ver también SCHABAS, *supra* nota 5, en 88; *Complementarity in Practice* [La Complementariedad en la Práctica], *supra* nota 33, en 8 (“Era sumamente importante para muchos de los Estados que los procedimientos no fueran determinados como ‘no auténtico’ simplemente porque comparativamente había una falta de recursos o debido a una falta de cumplimiento completo con todas las normas de los derechos humanos. La pregunta es si los procedimientos son tan inadecuados que no puedan ser considerados ‘auténticos’. Desde luego, aunque la

Por ejemplo, si el gobierno Sudanés investigó y/o enjuició a varios individuos por asesinato o violación (incluidos en los alegatos de atrocidades cometidas en Darfur) según sus leyes nacionales como “crímenes ordinarios,” la CPI no podría automáticamente determinar que los procedimientos nacionales fueron insuficientes porque no se enjuició a los demandados por genocidio o crímenes contra la humanidad. Bajo un uso vertical de la doctrina de *ne bis in idem*, un pariente de la doctrina americana de prohibición de doble enjuiciamiento por el mismo crimen, detalladamente explicada en el Artículo 20, la Corte no puede enjuiciar a una persona que ya ha sido juzgada por otra corte por la misma conducta, incluso si el cargo es por “un crimen ordinario.”⁶³ Sólo al demostrar, que el Estado no ha conducido la investigación auténticamente, o que ha conducido el juicio sólo para proteger al sospechoso o no “en forma independiente o imparcial de conformidad con las normas del debido proceso reconocidas por el derecho internacional y [el juicio fue] conducido de una manera que, en las circunstancias del caso, fue inconsecuente con la intención de someter a la persona ante la justicia” es que la Corte puede ejercer su propia jurisdicción.⁶⁴ Un Estado que no ha promulgado leyes de implementación no es un blanco automático de la excepción de admisibilidad de la CPI, pero la posibilidad de que la CPI podría encontrar los enjuiciamientos de “los crímenes ordinarios” como una excepción a la doctrina de *ne bis in idem* puede motivar a los Estados a esforzarse en cumplir con el Estatuto de Roma lo mejor que puedan.

IV. LA REGLA DEL FALLO FINAL

La regla del fallo final es otra doctrina de las cortes federales con un fundamento similar. Mientras que la doctrina del agotamiento es aplicable a procedimientos de hábeas y es un ataque colateral a convicciones estatales, la regla del fallo final aplica el mismo concepto al área más amplia de revisión de apelaciones por la Corte Suprema de decisiones de cortes estatales. La regla del fallo final encuentra su autoridad oficial en 28

CPI no sea ‘una corte de derechos humanos,’ las normas de los derechos humanos todavía pueden ser importantes y relevantes al evaluar si los procedimientos se realizaron auténticamente.”)

63. Ver Christine Van den Wyngaert & Tom Ongena, *Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty, in THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY [El Principio Ne bis in idem, Incluyendo el Tema de la Amnistía, en el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN COMENTARIO]* 724–25 (Cassese et al, eds., 2002), LEILA SADAT, *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE TRANSFORMATION OF INTERNATIONAL LAW: JUSTICE FOR THE NEW MILLENNIUM [LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: JUSTICIA PARA EL NUEVO MILENIO]* 190 (2002); SCHABAS, *supra* nota 5, en 88. Pero Ver BROOMHALL, *supra* nota 9, en 91 (indicando una situación en la cual un caso se hace admisible cuando las leyes nacionales, “las definiciones de los crímenes, los principios generales, o defensas—definen un área de responsabilidad notablemente más limitada que se proporciona en el Estatuto, permitiendo la impunidad *de facto* de actos castigables por la Corte.”).

64. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en los art. 20(3)(a)–(b).

U.S.C. § 1257, aunque las raíces de la revisión por la Corte Suprema van más atrás.⁶⁵

El poder general de la Corte Suprema de revisar las decisiones de las cortes estatales fue concedido por la Sección 25 del Acto de Judicatura de 1789.⁶⁶ La Corte Suprema, elaborando en casos como *Martin v. Hunter's Lessee*⁶⁷ y *Murdock v. City of Memphis*,⁶⁸ aclaró la naturaleza de su poder de apelación. Entre los motivos para permitir tal revisión, la Corte Suprema indicó el hecho que:

apegos estatales, prejuicios estatales, celos estatales, e intereses estatales, a veces pueden obstruir, o controlar, o supuestamente obstruir o controlar, la administración regular de la justicia. . . . [E]n controversias entre . . . un estado y sus ciudadanos . . . permite que las partes, bajo la autoridad del congreso, hagan escuchar, juzgar, y determinar sus controversias ante un tribunal nacional. . . . Esto no es todo. Un motivo de otra clase, perfectamente compatible con el respeto más sincero hacia tribunales estatales, podría inducir a conceder el poder de apelación sobre sus decisiones. Ese motivo es la importancia, e incluso la necesidad *de la uniformidad* para decisiones en todas partes de los Estados Unidos, sobre todas las materias dentro del alcance de la constitución.⁶⁹

La CPI enfrenta un dilema similar cuando trata con los Estados. Aunque la CPI no es una corte de apelación en relación a las cortes nacionales, es en muchas maneras la creación de la voluntad de una comunidad internacional que deseaba mantener alguna semejanza “de uniformidad” en la forma que el mundo combate el genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. En ese sentido, el mandato de la Corte a menudo puede implicar

65. La sección 1291 también promueve la regla del juicio final, pero en el contexto de apelaciones de las cortes del distrito federal a cortes de apelación. Para los propósitos presentes, §1257 es más relevante porque “apelaciones llevadas a la Corte Suprema bajo la sección 1257 implican la transmisión de casos o asuntos entre sistemas judiciales separados . . . implica la relación entre los estados y el gobierno federal, y las preocupaciones especiales de federalismo y cortesía.” Notar, *The Finality Rule for Supreme Court Review of State Court Orders [La Regla de la Finalidad para la Revisión de Ordenes de las Cortes Estatales por parte de la Corte Suprema]*, 91 HARV. L. REV. 1004, 1012 (1978) [en lo sucesivo *La Regla de la Finalidad*].

66. An Act to Establish the Judicial Courts of the United States [Un Acto para Establecer los Cortes Judiciales de los Estados Unidos], 1 Stat 73.

67. *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816).

68. *Murdock v. City of Memphis*, 87 U.S. 590 (1875).

69. *Hunter's Lessee*, 14 U.S. en 347. Noten particularmente la suposición que el poder judicial para revisar controversias entre “un estado y sus ciudadanos”—en el ámbito de los crimines del Estatuto de Roma, un gran número de los casos más difíciles inevitablemente implican a los gobiernos actuando en contra de su propia gente, como en Serbia, Sudán, etc.

ver a través de los prejuicios y los celos nacionales para administrar la justicia, aunque la CPI quizás no posea ese poder.⁷⁰

Las preocupaciones que prevenían a la CPI de sobrepasar su jurisdicción en las áreas de soberanía Estatal también aparecieron en *Murdock*. Reconociendo el enorme alcance que la revisión de apelación de otra manera tendría sobre las decisiones de las cortes estatales, la Corte Suprema determinó, “[p]or lo tanto, no se puede mantener, que es necesario en cualquier caso para la seguridad de los derechos reclamados conforme a la Constitución, las leyes, o los tratados de los Estados Unidos, que la Corte Suprema debe examinar y decidir otras preguntas que no sean de carácter federal.”⁷¹ Esta interpretación ingeniosa logra el doble objetivo de prevenir a la Corte Suprema de sobrepasarse en su uso de los poderes de apelación al deferir a los estados en casos de cuestiones de ley estatal, mientras que cementa el derecho de la Corte Suprema de revisar cuestiones federales.

Mientras que la CPI no puede darse el lujo de distinguir claramente un conjunto de leyes supranacionales de leyes nacionales mediante las cuales puede seguir precisamente los razonamientos que fundamentan a *Martin* o *Murdock*,⁷² puede, sin embargo, mantener un mejor sentido de cuando debe deferir al simplemente reconocer el hecho que está en una situación diferente a la de la Corte Suprema en *Martin* y *Murdock*. La falta de claridad que rodea a la ley a la cual la CPI debe conservar y el hecho de que la CPI está prevenida de deferir en base a diferencias en la ley,⁷³ significa que, más que la Corte Suprema, la CPI necesita ver cómo los Estados interpretan la conducta alegada en sus procedimientos antes de tomar una decisión, un objetivo que puede ser cumplido aplicando la teoría de la regla del fallo final.⁷⁴

70. Ver Iontcheva Turner, *supra* nota 58, en 11–14.

71. *Murdock*, 87 U.S. en 632–33.

72. La diferencia de la historia y la tradición que mantiene la ley federal y estatal, la existencia del derecho penal internacional es efímera—es un cuerpo intersticial de ley, que está en la brecha entre tratados internacionales y convenciones, códigos penales domésticos, el crimen transnacional, y, ahora cada vez más, los crímenes Estatales. Ver *BROOMHALL*, *supra* nota 9, en 9–24; M. CHERIF BASSIOUNI, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW CONVENTIONS AND THEIR PENAL PROVISIONS [CONVENCIONES DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y SUS PROVISIONES PENALES] 15–21 (M. Cherif Bassiouni ed., 1997); Young, *supra* nota 4, en 1190–91. La CPI no puede fácilmente invocar los principios del “derecho penal internacional” para justificar su necesidad de intervenir. El mandato de la Corte visualiza su rol en establecer una norma internacional para el derecho penal internacional. Ver Iontcheva el Tornero, *supra* nota 58, en 4. Pero la realidad es que muy pocos están de acuerdo sobre qué ley precisamente aclara la CPI.

73. Ver *supra* nota 62 y el texto de acompañamiento (para una discusión sobre los enjuiciamientos nacionales “de crímenes ordinarios” y la idea que el enjuiciamiento por un Estado sobre sus leyes nacionales no es suficiente para rendir el caso admisible para el propósito de una investigación CPI).

74. *Finality Rule* [La Regla de la Finalidad] *supra* nota 65, en 1013–14 (“Facilitando el desarrollo de bases alternativas para la disposición de los casos, la regla de la Finalidad según la sección 1257 permite que la Corte evite decisiones innecesarias.”).

La regla del fallo final, como la doctrina de agotamiento en casos hábeas, es otra manera de calificar la revisión federal para proteger los procedimientos estatales de interferencia innecesaria.⁷⁵ Si por razones de eficiencia judicial, o de cortesía y federalismo,⁷⁶ la deferencia por parte de las cortes federales a las cortes estatales en anticipación del fallo final está reflejada en la relación de la CPI con las cortes nacionales. El Estatuto de Roma intenta limitar el número de apelaciones y objeciones contra las decisiones de admisibilidad, aunque su necesidad de mantener flexibilidad le permite al fiscal una base constantemente en movimiento para revisar decisiones de admisibilidad.⁷⁷ Por ejemplo, si la CPI decidiera deferir al gobierno Sudanés porque el caso es inadmisibile en vista de las investigaciones en curso, el Fiscal podría después de seis meses, si cree que hay nuevas pruebas o un cambio que resultaría en la admisibilidad, iniciar de nuevo los procedimientos para Darfur. Si, sin embargo, la Corte se adhiriera a un tipo de doctrina como la del fallo final al esperar por un fallo nacional final, la Corte podría conservar su legitimidad y autoridad de mejor manera porque evitaría una serie de revocaciones de decisiones de admisibilidad.

V. LA ABSTENCIÓN

El agotamiento de remedios estatales y la regla del fallo final son solamente algunas de las doctrinas análogas de las cortes federales que podrían ser aplicables a la justificación de deferencia de la CPI. Varias doctrinas de abstención, desarrolladas por las cortes federales, delínean los motivos por los cuales las cortes federales no deben interferir con los

75. *Id.* en 1006 (“El enfoque del caso entero—con la regla correspondiente de finalidad—se basa en parte sobre la suposición que la eficiencia es mejor servida al restringir las interrupciones de apelación al proceso de un juicio a un mínimo absoluto. Al conservar la integridad del juicio, la regla de la finalidad conforme al modelo del caso entero [opuesto al modelo del ‘asunto individual’] obviamente facilita la continuidad y el resultado de una disposición más rápida. La regla de la finalidad también se apoya en otras consideraciones a pesar de la eficiencia. Los intereses de los litigantes en asegurar la justicia se cumple cuando las controversias son resueltas de la manera más expedita consecuente con el mantenimiento de los requisitos de las garantías procesales. Considerablemente, desde el punto de vista de equidad para las partes, la prohibición de apelaciones interlocutorias previene táctica dilatorias por aquellos litigantes que pueden permitirse someter a sus adversarios al desgaste o que tienen un interés en retrasar la terminación del juicio.”). *Ver también* *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469, 477–78 (1975).

76. *Cox*, 420 U.S. en 503–05 (Rehnquist, J., oponiéndose).

77. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el art., 18 (3) (“La decisión del Fiscal de diferir por una investigación por el Estado estará sujeta a la posibilidad de una revisión por el Fiscal seis meses después de la fecha del diferido o en cuanto las circunstancias significativamente cambien basadas en la disposición del Estado a llevar a cabo una investigación o la incapacidad para realizar la investigación auténticamente.”); *Id.* en el art. 19(10) (“Si la Corte ha decidido que un caso es inadmisibile bajo el artículo 17, el Fiscal puede entregar una petición para una revisión de la decisión cuando él o ella esté totalmente satisfecho que han surgido nuevos hechos que niegan la base sobre la cual el caso se determinó anteriormente que el caso era inadmisibile según el artículo 17.”).

procedimientos estatales. A diferencia de la doctrina del agotamiento, un tipo de ataque colateral que coloca a las cortes federales en una posición de espera por el pronunciamiento final estatal, la abstención se aplica cuando en una corte federal se presenta un recurso para un un mandato de prohibición de los procedimientos estatales. Desde este punto de vista, el agotamiento podría ser más similar a la aplicación *ne bis in idem* por parte de la Corte que ocurre *después* de un procedimiento nacional, mientras la abstención es más análoga al rol de la corte antes o durante una investigación o enjuiciamiento. Un análisis más profundo de la doctrina de abstención de *Younger* aclara las similitudes a la jurisdicción CPI.

En el amplio ámbito de la jurisdicción simultánea estatal y federal, el traslape sustancial ha requerido el desarrollo de reglas de acción para las cortes federales.⁷⁸ La abstención es un tipo de limitación sobre la jurisdicción de las cortes federales desarrollada judicialmente, del cual el tipo más relevante es la abstención *Younger*.⁷⁹ También conocida como el refrenamiento equitativo, puede ser caracterizada como “un impedimento jurídicamente creado para la interferencia de la corte federal en procedimientos en progreso.”⁸⁰ Saliendo a raíz de la decisión de la Corte Suprema en *Younger v. Harris* y los casos acompañantes,⁸¹ la doctrina de abstención *Younger* está basada sobre los principios de equidad, cortesía y federalismo.⁸² Cuando un enjuiciamiento de una corte estatal está pendiente, *Younger* exige que las cortes federales se abstengan de emitir mandatos de prohibición, dando efectivamente deferencia a la jurisdicción

78. Ver RICHARD FALLON et al., HART AND WECHSLER'S THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM [LAS CORTES FEDERALES Y EL SISTEMA FEDERAL] 1144-48 (5th ed. 2003).

79. La abstención *Younger* no está precisamente en la misma categoría que las otras abstenciones como *Pullman*, *Thibodaux* o *Burford*. Para el objetivo presente, sin embargo, será considerada una forma de abstención. Ver MARTIN H. REDISH, FEDERAL JURISDICTION: TENSIONS IN THE ALLOCATION OF JUDICIAL POWER [JURISDICCIÓN FEDERAL: TENSIÓN EN LA ASIGNACIÓN DEL PODER JUDICIAL] 281 (The Bobbs-Merrill Co. 1990) (1980).

80. Ver CHEMERINSKY, *supra* nota 44, en 796.

81. *Samuels v. Mackell*, 401 U.S. 66 (1971); *Boyle v. Landry*, 401 U.S. 77 (1971); *Perez v. Ledesma*, 401 U.S. 82 (1971); *Dyson v. Stein*, 401 U.S. 200 (1971); *Byrne v. Karalexis*, 401 U.S. 216 (1971).

82. *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37, 43-44 (1971) (El Juez Black escribiendo, “las cortes de equidad no deberían actuar, y en particular no deberían actuar para detener un enjuiciamiento criminal, cuando la parte hizo la petición tiene remedio de ley adecuado y no sufrirá daños irreparables de ser negado el reparo equitativo. . . . Esta razón subyacente para impedirle a las cortes de equidad el interferir con enjuiciamientos criminales está respaldada por una consideración aún más vital, la noción 'de cortesía', es decir, el respeto apropiado hacia las funciones estatales, un reconocimiento del hecho de que el país entero está compuesto de una Unión de gobiernos estatales separados, y una continuación de la creencia que el Gobierno Nacional funciona mejor si los Estados y sus instituciones son libres para ejercer sus funciones separadas por separado. A esto se refieren muchos, quizás a falta de una mejor y más clara manera de describirlo, omo 'Nuestro Federalismo.'”).

estatal.⁸³ *Younger* fue una creación necesaria después de que las cortes federales se vieron desbordadas con peticiones solicitando mandatos de prohibición de los procesos estatales después de *Dombrowski v. Pfister*, un caso en el cual la Corte Suprema permitió un mandato de prohibición de la corte federal en cuanto a un procedimiento estatal.⁸⁴ Aunque existe debate sobre la noción de cortesía adoptada por *Younger*,⁸⁵ la idea funciona bien en el sistema de la CPI, el cual no tiene una estructura de apelación o jerárquica.⁸⁶

El traslape de la CPI y los sistemas nacionales está precisamente reflejado en el sistema reconocido por *Younger* y la aplicación de la abstención federal es un ejemplo muy útil para la CPI. Si Darfur comenzara a investigar o procesar en respuesta a una remisión del Consejo de Seguridad, según la teoría de agotamiento de remedios estatales, la CPI debería deferir a los procedimientos de Sudán y sólo *después de* la conclusión de esos procedimientos es que la Corte es elegible para revisar la admisibilidad de Darfur. Conforme a la doctrina de abstención *Younger*, sin embargo, la Corte está justificada en hacer una determinación de deferir a los procedimientos nacionales, no porque tiene que deferir primero a los procedimientos nacionales, sino porque elige dejar los procedimientos en curso en las cortes nacionales. Un resultado crucial de la abstención *Younger*, sin embargo, es que la decisión federal de no interferir con los procedimientos estatales irrevocablemente deja a los asuntos federales para que sean fallados en procedimientos estatales.⁸⁷ Aunque la CPI no está

83. Ver Martha Field, *Abstention in Constitutional Cases: The Scope of the Pullman Abstention Doctrine* [Abstención en Casos Constitucionales: El Alcance de la Doctrina de Abstención Pullman], 122 U. PA. L. REV. 1071, 1163-65 (1974) (comparando e indicando que a diferencia de la abstención Pullman en la cual la presunción es para la jurisdicción federal, *Younger* supone jurisdicción estatal antes de buscar circunstancias especiales).

84. 380 U.S. 479 (1965). Ver Frank Maraist, *Federal Injunctive Relief Against State Court Proceedings: The Significance of Dombrowski* [El Reparó Como Mandatos Federales de Prohibición Sobre Procedimientos de Cortes Estatales: La Importancia de Dombrowski], 48 TEX. L. REV. 535, 606 (1970) (señalando la inundación de casos en las cortes federales).

85. 401 U.S. en 43-44 ([E]sta razón subyacente para impedirle a las cortes de equidad el interferir con enjuiciamientos criminales está respaldada por una consideración aún más vital, la noción 'de cortesía', es decir, el respeto apropiado hacia las funciones estatales, un reconocimiento del hecho de que el país entero está compuesto de una Unión de gobiernos estatales separados, y una continuación de la creencia que el Gobierno Nacional trabaja mejor si los Estados y sus instituciones son libres para ejercer sus funciones separadas por separado."); Ver también, FALLON et al., *supra* nota 78, en 322-26 (citando el debate sobre la existencia, o la falta de, la paridad entre las cortes estatales y federales).

86. Ver HOLMES, *supra* nota 11, en 673 ("Las delegaciones estaban concientes de que la CPI no fue prevista como un cuerpo de apelación para revisar las decisiones de la cortes domésticas.").

87. Field, *supra* nota 83, en 1164; ver también Fallon et al., *supra* nota 78, en 1227 ("En los casos *Younger* . . . la corte federal declaró sin lugar la demanda, y las peticiones de ley federal subyacentes en el contexto de un caso criminal estatal deben ser decididos, sujetos solamente a la revisión de la Corte Suprema. Como lo decidió después la Corte en *Allen v. McCurry*, 449 U.S. 90 (1980), la decisión de la corte estatal tendrá el efecto completo de res judicata en los procedimientos subsiguientes de la corte federal.").

obligada a seguir ninguna doctrina estricta, debe ser conciente de que la aplicación de una justificación del tipo *Younger* para deferir a una jurisdicción estatal deja a la corte expuesta a críticas si después encuentra algún tipo de deficiencia en el procedimiento estatal y se inmersa en asuntos que ya han sido decididos durante el procedimiento Estatal.⁸⁸

VI. EXCEPCIONES

Cada doctrina mencionada hasta ahora puede ser utilizada por la Corte para basar sus decisiones de deferir a procedimientos nacionales. Su utilidad, sin embargo, no está limitada a su aplicación positiva ya que la Corte afrontará menos oposición por deferir a los Estados que cuando intenta enfrentarse a un Estado con la determinación de que no tiene la capacidad o está indispuerto a tal punto que la CPI puede intervenir. La CPI puede basarse en cualquier número de justificaciones de por qué un caso no es admisible⁸⁹. La dificultad real es cómo justificar el por qué un caso es admisible. Estas doctrinas de las cortes federales son por lo tanto más valiosas al esquema de complementariedad de la CPI porque todas incluyen excepciones que pueden ser utilizadas en la prescripción de límites para las normas imprecisas de la CPI para determinar casos admisibles.⁹⁰

88. Esta consideración es más relevante a una situación como Darfur en la cual el remisión del Consejo de Seguridad equilibra la escala hacia un procedimiento CPI (unos dirían que la investigación es obligatoria). Ver SCHABAS, *supra* nota 5, en 123. (Si una investigación CPI ya está en proceso, el Fiscal tendría que justificar afirmativamente conforme al Artículo 53(2) el por qué desea parar la investigación. De lo contrario, para remisiones de Estados Parte o ejercicios del poder *proprio motu*, si la Corte ha deferido a un procedimiento Estatal conforme al Artículo 18(2), entonces, conforme bajo al 18(3), el Fiscal puede revisar el procedimiento Estatal después de seis meses "o en cualquier momento que se produzca un cambio significativo en las circunstancias en cuanto a la incapacidad o indisposición del Estado en llevar a cabo una investigación legítimamente.").

89. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el art. 53(1)(c). Esto le da discreción al Fiscal de tener en cuenta "la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, [aún si] existen, sin embargo, razones sustanciales para creer que una investigación no serviría los intereses de la justicia. Como ha señalado el profesor Shapiro con respecto al sistema federal, la concesión de jurisdicción no impone una obligación de ejercer jurisdicción en cada momento. Ver David Shapiro, *Jurisdiction and Discretion [Jurisdicción y Discreción]*, 60 N.Y.U. L. Rev. 543 (1985).

90. Tengan presente que al aplicar la mayor parte de estas excepciones, la CPI (representada por el Fiscal de la CPI) actúa en un papel análogo al los acusados criminales o demandantes civiles en cortes estatales buscando revisión federal. Este papel, por otra parte, es en muchos sentidos como una representación de las víctimas que de otra forma no tendrían la capacidad de pedir la reivindicación de sus derechos. Ver David Donat-Cattin, *The Role of Victims in the ICC Proceedings [El Rol de las Víctimas en los Procedimientos de la CPI]*, en THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: COMMENTS ON THE DRAFT STATUTE [LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: COMENTARIO SOBRE EL ANTEPROYECTO DEL ESTATUTO] 251 (Flavia Lattanzi, ed., 1998); CHRISTOPHER MUTTUKUMARU, *Reparation to Victims [El Reparación a las Víctimas]*, en THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: THE MAKING OF THE ROME STATUTE ISSUES, NEGOTIATIONS, RESULTS [LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LA CREACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA, TEMAS, NEGOCIACIONES, RESULTADOS] 262 (1999).

Aunque el Estatuto de Roma fue intencionadamente escrito con un lenguaje flexible que sería aceptable para el mayor número de signatarios,⁹¹ la mezcla que resultante de normas objetivas y subjetivas dejó a la Corte vulnerable.⁹² El régimen de complementariedad en general tiene un procedimiento objetivo que permite objeción, notificación, deferencia, y *ne bis in idem* entre otras provisiones. Pero aún los criterios en el fondo de las determinaciones de admisibilidad del Artículo 17 están basados sobre elementos subjetivos como “el derrumbamiento sustancial”⁹³ del sistema nacional judicial “o la intención de hacer justicia con la persona involucrada.”⁹⁴ Estos elementos subjetivos implican la implementación discrecional del régimen de complementariedad, una situación reflejada en la ley de las cortes federales.

La ley de la corte federal ha encontrado similarmente la realización de que sus doctrinas no son completamente rígidas y que a veces existe la necesidad de ejercer discreción para dar cabida a circunstancias que justifican excepciones—las doctrinas están dentro del alcance jurisdiccional de las cortes federales, pero el otorgar jurisdicción no abole las excepciones.⁹⁵ Las cortes federales enfocan la naturaleza discrecional de sus doctrinas creando las doctrinas concomitante de excepciones.

A. Excepciones al Agotamiento de Remedios Estatales

Aunque el agotamiento haya sido codificado en 28 U.S.C. §2254, sus raíces como una doctrina jurídicamente creada revela los tipos de excepciones anticipadas. La Corte Suprema desde temprano ha supuesto el agotamiento de remedios estatales, pero para “los casos de urgencia excepcional.”⁹⁶ Al contemplar los tipos de situaciones que se clasificaron

91. *Ver SADAT, supra* nota 63, en 119; HOLMES, *National Courts versus the ICC [Cortes Nacionales versus la CPI]*, *supra* nota 11, en 674, (para una discusión sobre el discutir el alto grado de sensibilidad de los Estados a los términos propuestos como “ineficaz”, “diligentemente”, y “de buena fe” que originó el término “legítimamente” en el Artículo 17); El Zeidy, *supra* nota 11, en 900.

92. HOLMES, *supra* nota 9, en 75–76 (señalando los elementos subjetivos en todos los criterios para la indisposición así como para la incapacidad).

93. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el art. 17(3).

94. *Id.* en el art. 17(2)(b).

95. Shapiro, *supra* nota 89, en 545, 574 (“Los que apoyan la teoría de obligación de jurisdicción federal con frecuencia pasan por alto o subestiman la gama de situaciones en las cuales la teoría simplemente no concuerda con los hechos. . . . Como lo enseñan la experiencia y la tradición, la pregunta de que si una corte debe ejercer su jurisdicción y resolver los méritos de una controversia es difícil, si no imposible de contestar en su totalidad. . . . Además, las preguntas de jurisdicción son de interés especial para las cortes porque afectan intimamente las relaciones entre ellas mismas al igual que con los otros poderes gubernamentales. Por lo tanto, la existencia continua de autoridad moderada para rehusar jurisdicción no pone en peligro, pero más bien protege, el principio de división de poderes.”).

96. *United States ex rel. Kennedy*, 269 U.S. en 18.

como casos de urgencia excepcional, a Corte Suprema en *U.S. ex rel. Kennedy v. Tyler* resaltó dos casos que conciernen “interferencias por las autoridades estatales con las operaciones de los departamentos del gobierno general, y las relaciones delicadas de aquel gobierno con una nación extranjera.”⁹⁷ La Corte Suprema ha aceptado como parte de la doctrina de agotamiento que sólo en los pocos casos de urgencias peculiares se justifica la interferencia en cortes estatales,⁹⁸ pero estos son las situaciones que pueden ser análogas a las conclusiones de la CPI de admisibilidad.

Según el Artículo 17(1) del Estatuto de Roma, las excepciones a la presunción de inadmisibilidad deben satisfacer el estándar de indisposición o incapacidad de llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento auténticamente.⁹⁹ Aunque el 17(2)-(3) explica detalladamente el estándar de indisposición o incapacidad, estos no especifican claramente que califica como “el proteccionismo,” “la intención de traer a la persona involucrada ante la justicia,” o “el derrumbamiento total o sustancial.”¹⁰⁰ Pero el revisar casos que ustifican excepciones al agotamiento pueden proveer algunas consideraciones útiles.¹⁰¹ Por ejemplo, *In re Neagle*,¹⁰² *In re Loney*,¹⁰³ y *Hunter v. Wood*¹⁰⁴ son casos en los cuales se concedieron excepciones a la doctrina de agotamiento porque las medidas estatales fueron vistas como un perjuicio a algún aspecto del gobernación federal. Similarmente, el caso de *Wildenhus*¹⁰⁵ trata la interferencia con los derechos del gobierno federal bajo tratados. Estos casos son probablemente los más análogos a cualquier cargo de proteccionismo que la CPI quiera traer en contra de los Estados. Aunque los hechos en los casos de los E.E.U.U. puedan ser completamente opuestos a cualquiera de las situaciones que enfrenta la CPI (p.e. *In re Neagle* concierne un estado que desea enjuiciar mientras que el gobierno federal busca dar un perdón), la teoría subyacente para estas situaciones es el interés federal dominante. El mandato acargo de la CPI de “acabar con la

97. *Id.* en 19.

98. *Ex parte Hawk*, 321 U.S. 114, 117-18 (1944).

99. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el art. 17(1).

100. *Id.* en los arts. 17(2) & (3).

101. *Ver* Larry Yackle, *The Exhaustion Doctrine in Federal Habeas Corpus: An Argument for a Return to First Principles* [*La Doctrina de Agotamiento en Autos Federales de Hábeas Corpus: Un Argumento Regresar a los Primeros Principios*], 44 OHIO ST. L.J. 393 (1983) (proporcionando la ilustración del desarrollo histórico de la doctrina de agotamiento).

102. 135 U.S. 1 (1890) (acerca de un alguacil diputado removido por hábeas de la custodia estatal por asesinar a un atacante durante el cumplimiento de su deber de proteger a un juez de la corte).

103. 134 U.S. 372 (1890) (acerca de un peticionario liberado en base a que el enjuiciamiento estatal impediría y avergonzaría la administración de justicia en un tribunal nacional).

104. *Ver* 209 U.S. 205 (1908).

105. 120 U.S. 1 (1887) (acerca de un marinero Bélgica que fue liberado de la custodia estatal porque la detención era contraria a un tratado internacional).

impunidad . . . y así contribuir a la prevención de tales crímenes”¹⁰⁶ le permite reclamar una excepción si el comportamiento del Estado llega a interferir con los aspectos de la capacidad de la Corte de lograr esos objetivos.

Otra clase de excepciones a la doctrina de agotamiento consiste en casos “donde el remedio estatal es seriamente inadecuado.”¹⁰⁷ Esta excepción es análoga a algunas situaciones en las cuales la CPI no puede determinar con facilidad que existe el proteccionismo o una intención de evitar la justicia. En *Moore v. Dempsey*, la Corte no requirió el agotamiento de remedios estatales si “el procedimiento es una farsa en su totalidad—que el abogado, el jurado y el juez fueron arrastrados a un final fatal por una ola irresistible de pasión pública, y que las Cortes Estatales fallaron en corregir los errores, ni la perfección de la maquinaria, ni la posibilidad de que ni la corte de primera instancia ni el abogado vieron ningún otro modo de evitar un brote inmediato de la muchedumbre, pueda impedirle a esta Corte asegurarle a los peticionario sus derechos constitucionales.”¹⁰⁸ Asimismo, *Mooney v. Holohan*, aunque por último negó el hábeas federal en base a que “un proceso correctivo judicial” estaba disponible al nivel estatal, encontró que la privación del debido proceso mediante artificios como el perjurio o la intimidación es inaceptable y requería corrección en última instancia.¹⁰⁹

La CPI puede encontrarse similarmente situada ya que los procedimientos nacionales pueden crear la apariencia de un debido proceso o procedimientos estándar, aunque en realidad sean una farsa. Los casos de *Moore*, *Mooney* y *Ex parte Hawk* proveen parte del razonamiento que se puede usar para justificar la admisibilidad para tales casos. *Moore* provee un esquema de un procedimiento estatal que puede ser afectado por percepciones o presiones públicas. En su aplicación a la CPI en Darfur, imagine que el gobierno sudanés conduce sus propio procedimientos y se absuelve a varios de los autores acusados. Si la CPI encontrara que los

106. El Estatuto de Roma, supra nota 8, en para. 5 del Preámbulo.

107. *Wade v. Mayo*, 334 U.S. 672, 692 (1948) (Reed, J. disconforme). *Ver Ex parte Hawk*, 321 U.S. en 118 (“Pero cuando el recurrir a los remedios estatales no ha dado una decisión completa y justa de las contenciones federales alegadas . . . la corte federal debería escuchar su petición para el hábeas corpus, de lo contrario no tendría reparo.”).

108. 261 U.S. 86, 91 (1923).

109. 294 U.S. 103, 112 (1935) (“Consideramos suficiente para el presente propósito decir que no podemos aprobar este punto de vista estrecho de la exigencia del debido proceso. Esa exigencia, al resguardar la libertad del ciudadano contra la privación por actos del estado, representa los conceptos fundamentales de justicia que están al fondo de nuestras instituciones civiles y políticas . . . Es una exigencia que no se puede considerar satisfecha con tan sólo notificación y audiencia si un estado ha planeado una convicción mediante el pretexto de un juicio que en realidad sirve sólo como el medio para privar a un demandado de la libertad engañando a la corte y al jurado deliberadamente al presentar testimonio que se sabe es perjurio. Esa estrategia de un estado por procurar la convicción y el encarcelamiento de un acusado es tan contrario a las exigencias rudimentarias de justicia como lo es el obtener un resultado similar por intimidación.”).

jueces o el jurado (si es aplicable) eran criticados diariamente en los periódicos o que había demostraciones frecuentes en las calles pidiendo la absolución de los demandados, la Corte pudiera no encontrar que los procedimientos nacionales estaban indispuestos o inhábiles, en la superficie, o que hubo proteccionismo intencional u obstrucción de la justicia. Sin embargo, la realidad puede ser que los procedimientos nacionales no tienen la capacidad de proteger la validez del resultado en vista de presiones externas al punto que los procedimientos son claramente injustos. La CPI podría así entonces aplicar el razonamiento de *Moore* conforme al Artículo 17(3) atribuyendo tal interferencia externa “a un derrumbamiento sustancial o la indisponibilidad” de la judicatura nacional.

Mooney, por otra parte, indica un entendimiento federal de lo que califica como el debido proceso como el estándar que las cortes estatales tienen que obedecer. En el contexto de la CPI, las garantías procesales y otros principios incorpóreos legales que no son uniformemente aceptados son sumamente difíciles de considerar en cualquier revisión de admisibilidad. Ya que cada Estado tiene su propio sistema nacional legal que la CPI debe respetar y el equilibrar con las normas de justicia de la comunidad internacional, la CPI siempre tendrá dificultad en fijar cualquier excepción de admisibilidad en base a deficiencias procesales nacionales.¹¹⁰ Las preocupaciones con este aspecto inestable del alcance jurisdiccional de la CPI ya han llevado algunos países a no ratificar el tratado.¹¹¹ El manejo de una justificación como *Mooney*, sin embargo, puede acercar a otros países al cumplimiento informal.¹¹² Pero *Mooney* será provechoso más que todo en situaciones que están entre la conformidad total y el rechazo de cualquier estándar internacional al cual la CPI se suscribe (p.e. la tortura)—donde el Estado ha ejercido su jurisdicción, pero sobre “bases más estrechas que aquellas contempladas por el estatuto . . . permitiendo la impunidad de facto para los actos castigables por la Corte.”¹¹³ Por ejemplo, la ley en Sudán es una mezcla de ley costumaria, la ley Islámica *shari'a* y la ley democrática en una etapa primitiva.¹¹⁴ El debido proceso puede estar

110. Esto es parte de un debate más amplio y muy complicado que incluye la colocación de amnistías dentro del alcance de la jurisdicción CPI. Ver Michael Scharf, *The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court* [La Excepción de Amnistía a la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional], 32 CORNELL INT'L L.J. 507 (1999). El abuso de medidas alternativas como leyes de amnistía y procedimientos en Chile y Camboya por una parte, contrastó con el éxito de procedimientos como la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Sudáfrica, sólo sirve para destacar la dificultad en aplazar categóricamente o tener cautela de medidas nacionales.

111. Iontcheva Turner, *supra* nota 58, en 8, n. 36.

112. Ver BROOMHALL, *supra* nota 9, en 89–90.

113. *Id.* en 91.

114. Ver AHARON LAYISH & GABRIEL WARBURG, THE REINSTATEMENT OF ISLAMIC LAW IN SUDAN UNDER NUMAYRI [EL RESTABLECIMIENTO DE LA LEY ISLÁMICA EN SUDÁN BAJO NUMAYRI] (Ruud Peters & Bernard Weiss 2002); ADIB HALASA, JOHN COOKE, AND USTINIA DOLGOPOL, THE

bastante ausente sin protecciones mínimas como el derecho de un acusado a ser representado por un abogado.¹¹⁵ Si el gobierno sudanés enjuiciara y absolviera a un autor acusado de genocidio mediante su proceso normal utilizando a jueces y tribunales sudaneses, la CPI probablemente encontraría problemas durante la revisión con el proceso judicial que conducen a un resultado injusto a pesar de la perfección procesal. La CPI puede tener dificultad en pronunciar que las sutilezas del sistema sudanés son corrupción absoluta en vez de parte de la herencia de ley costumaria. ¿Cómo evita discretamente la corte juzgar a la judicatura intacta de un país que no confiesa que su sistema judicial está total o considerablemente colapsado? La corte no puede tomar decisiones de admisibilidad en base a resultados de una manera que efizcamente empuje a los Estados a litigar por un cierto fin, pero tampoco puede declarar que el sistema judicial intacto de una nación no administra la justicia de la misma manera que lo hace otra nación. El seguir el planteamiento de *Mooney* efectivamente mantiene a presunción de deferencia a los procedimientos nacionales mientras que revela que los procedimientos nacionales, aunque no inferiores o carentes, pueden haber cometido un error en el caso particular que requiere “un proceso correctivo judicial para remediar el error alegado.”¹¹⁶ La ventaja del formato de *Mooney* existe cuando un Estado trae un caso dentro de sus parámetros normales, que pueden ser bases más estrechas que las que la Corte requiere en última instancia de manera tal que un resultado evidentemente injusto resulta. La Corte no experimenta necesidad alguna de pronunciar que el gobierno nacional no tiene la capacidad conforme al Artículo 17(3), pero puede decir que el Estado está indispuerto si no provee “el proceso correctivo judicial.”

Las excepciones a la doctrina de agotamiento del hábeas también han sido codificadas en 28 U.S.C. §2254 (b). La parte relevante, §2254 dice:

Las peticiones para una orden de hábeas corpus por parte de una persona bajo custodia de conformidad con el fallo de una corte Estatal no serán otorgadas a menos que parezca que (A) el peticionario ha agotado los remedios disponibles en las cortes del Estado; o (B)(i) no hay un proceso Estatal correctivo disponible;

RETURN TO DEMOCRACY IN SUDAN: REPORT OF A MISSION ON BEHALF OF THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS [EL REGRESO A LA DEMOCRACIA EN SUDÁN: INFORME DE UNA MISIÓN POR PARTE DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS] (1986); JOHN WUOL MAKEC, THE CUSTOMARY LAW OF THE DINKA PEOPLE OF SUDAN [EL DERECHO CONSUETUDINARIO DE LA POBLACIÓN DINKA DE SUDÁN] (ed., 1988).

115. Lawyers Committee for Human Rights [Comité de Abogados para los Derechos Humanos], SUDAN: ATTACKS ON THE JUDICIARY [SUDÁN: ATAQUES CONTRA LA JUDICATURA] (Lawyers Committee for Human Rights 1991).

116. *Money v. Holohan*, 294 U.S. en 113.

o (ii) existen circunstancias que rinden el proceso ineficaz para proteger los derechos del peticionario.¹¹⁷

La Corte Suprema ha interpretado que esto significa que una excepción al agotamiento se hará "sólo si no hay ninguna oportunidad de obtener el reparo en la corte estatal o si el proceso correctivo es tan claramente deficiente al punto hace inútil cualquier esfuerzo para obtener reparo."¹¹⁸ Un ejemplo de esto es *Wilwording v. Swenson*, un caso en el cual la Corte Suprema permitió una excepción a la doctrina de agotamiento porque en otros casos similares la corte estatal nunca había concedido una audiencia para las cuestiones que se estaban litigando en el caso inmediato—la existencia de procedimientos correctivos por lo tanto no significaba nada.¹¹⁹

En su aplicación a la CPI, la excepción (B)(i) se podría analogar a una alegación de incapacidad conforme al Artículo 17(2) mientras que la excepción (B)(ii) sería análoga a indisposición conforme al Artículo 17(3), aunque *Wilwording* y *Duckworth* llevan a la creencia de que las dos categorías en realidad pueden convertirse en una sólo si los procedimientos nacionales, aunque disponibles, son tan insignes que equivalen a una ausencia mayor de procedimientos correctivos. El aplicar las excepciones conforme a la §2254 de esta manera entonces lleva a la CPI un paso más allá hacia una determinación de admisibilidad declarando que cualquiera de los remedios nacionales que existen serán insuficientes para realizar la definición del Estatuto de Roma. Para defender esas normas, la CPI podría ver el razonamiento dado en *Wilwording*—la ausencia completa en la historia del estado de alguna vez proceder en el modo que la Corte Suprema consideró como correctivo. Asimismo, si la Corte nacional de Sudán afirma tener un proceso de apelación, pero nunca en su historia ha completado ha realizado una apelación, esto proveería a la CPI con suficientes razones para encontrar bases de admisibilidad de la misma manera que lo hizo la Corte Suprema en *Wilwording*. Parte de este análisis entonces es la comparación a las prácticas anteriores del Estado para determinar si el Estado demuestra un patrón de tal conducta.¹²⁰

117. State Custody; Remedies in Federal Courts [Custodia Estatal; Reparos en Las Cortes Federales], 28 U.S.C.A. § 2254 (1996).

118. *Duckworth v. Serrano*, 454 U.S. 1, 3 (1981). VER CHEMERINSKY, *supra* nota 44, en 887.

119. 404 U.S. 249 (1971).

120. La ventaja de buscar un patrón en otra aplicación es que si la Corte es capaz de determinar que el Estado normalmente procede en un modelo particular, pero en el caso inmediato vira de su curso normal, la Corte tiene un caso más fuerte contra el Estado de indisposición en base al proteccionismo o una intención de evitar la justicia. Ver *Holmes*, *supra* nota 11, en 675.

B. *Excepciones a la Regla del Fallo Final*

Como está codificado en el 28 U.S.C. §1257, la regla del fallo final proporciona, “los fallos finales o los decretos rendidos por la corte más alta de un Estado en la cual se puede dar una decisión, puede ser revisada por la Corte Suprema mediante un auto de avocación. . . .” La controversia sobre lo que constituye un fallo final¹²¹ o lo que significa ser la corte más alta en la cual se puede dar una decisión¹²² ha sujetado a la regla del fallo final a muchas excepciones. El tratamiento más coherente de la naturaleza de las excepciones a la regla de finalidad proviene de *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*.¹²³ Viniendo después de una serie de casos en los cuales se hizo excepciones para casos no finales,¹²⁴ *Cox* intentó clasificar los tipos de casos que justificaban excepciones en cuatro amplias categorías.¹²⁵

Las cuatro categorías generalmente se dividen en dos grupos: los dos primeros tipos de excepciones pertenecen a casos en los cuales las cuestiones federales sobreviven a otros procedimientos más, y la segunda clase de dos excepciones se relacionan con casos en los cuales la cuestión federal ya no es discutible pero la revisión sin embargo está justificada.¹²⁶ Las dos primeras se perciben como excepciones razonables y prácticas en vista de la regla de finalidad, mientras las dos segundas son vistas como una interpretación expansiva del poder de la Corte Suprema para anular la regla del fallo final.¹²⁷ En el contexto de la CPI, sin embargo, las excepciones están divididas de la misma manera porque realmente, no hay ninguna ley clara de la CPI que puede ser distinguida de las leyes nacionales de manera tal que la sobrevivencia de una cuestión de la CPI nunca es una verdadera base para intervenir en un proceso Estatal. La CPI evalúa los asuntos de indisposición o incapacidad conforme al Artículo 17(2)–(3), entonces la

121. *Ver* *Catlin v. U.S.*, 324 U.S. 229, 233 (1945) (declarando que “final” significa cuando el fallo o el mandato “terminan el litigio en cuanto a los méritos y no dejan nada más para la corte que ejecutar el fallo.”).

122. *Ver, p.e.*, *Thompson v. City of Louisville*, 362 U.S. 199 (1960) (encontró que la Corte de Policía es la corte más alta en virtud de una limitación procesal); *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942).

123. *Ver* 420 U.S. 469 (1975). El veredicto sobre el tema de que si las excepciones se han convertido tan dispersas o confusas como para rendir a las categorías de *Cox* arcaicas o haber sobrecogido a la misma regla de la finalidad ya se conoce. *Ver Finality Rule, [La Regla de la Finalidad]*, *supra* nota 65, en 1004–05 (“[E] efecto acumulativo de estas excepciones ad hoc a la regla de la finalidad es una ley consuetudinaria de jurisdicción de apelación bastante confusa”); *REDISH*, *supra* nota 79, en 247. Para el presente propósito, las categorías de *Cox* todavía son útiles en la ilustración de los tipos de excepciones.

124. *Ver* *Radio Station WOW, Inc. v. Johnson*, 326 U.S. 120 (1945); *Local No. 438 Constr. and Gen. Laborers’ Union v. Curry*, 371 U.S. 542 (1963); *Mercantile Nat’l Bank v. Langdeau*, 371 U.S. 555 (1963).

125. *Cox Broad. Corp.*, 420 U.S. 469 (1975).

126. *Id.*

127. *Finality Rule [La Regla de la Finalidad]*, *supra* nota 65, en 1015.

comparación relevante es sobre como las excepciones de finalidad pueden ayudar a definir la indisposición o la incapacidad del Estado. La mayoría de veces estas excepciones son más útiles en los casos dudosos que se manejan más diplomáticamente conforme al estándar de incapacidad del Artículo 17(3) donde no hay ninguna indicación de la indisposición flagrante de un Estado mediante el proteccionismo o procedimientos parciales, situaciones que seguramente generarían otras pruebas más obvias que permiten la admisibilidad.

En la primera categoría están “aquellos casos en los cuales existen otros procedimientos, incluyendo juicios enteros, por ocurrir en las cortes estatales, pero por una razón u otra la cuestión federal es decisiva o el resultado de los otros procedimientos están predeterminados. En estas circunstancias, ya que el caso se ha concluido para todos los objetivos prácticos, el fallo de la corte estatal en cuanto a la cuestión federal es considerado final.”¹²⁸ Esta clase de casos podría ser considerada pariente de la segunda clase de excepciones bajo §2254(b) en la cual la existencia de un proceso correctivo es irrelevante porque el proceso, “en materia práctica,”¹²⁹ concluyó. Esto típicamente implica un caso en el cual no hay ninguna otra defensa basada en la ley estatal y el estado ya ha decidido en contra de cualquier defensa basada en una cuestión federal. En el contexto federal, estos tipos de casos son los más importantes cuando hay un derecho constitucional que arriesga ser disminuido por tardanza. En el contexto de la CPI, sin embargo, ya que no existen derechos análogos supranacionales que reivindicar, este tipo de excepción es probablemente más comparable a los casos de decisiones procesales que resultan en limitaciones procesales.¹³⁰ Por ejemplo, si las cortes en Sudán tuvieran un proceso en el cual un juez inferior decide que el testimonio crucial de ciertos testigos, sin los cuales la absolución sería garantizada, no se puede tomar y esta tipo de decisión se mantendría durante todos los otros procedimientos nacionales, la Corte podría ver esto como un caso en el cual, para todos los objetivos prácticos, los procedimientos nacionales son finales. La implicación contra el Estado sería que, de varias opciones disponibles, eligió la peor que ahora impide que otros procedimientos sean significativos. Tal decisión no implicaría necesariamente una intención de parte del gobierno de proteger o prevenir la justicia, aunque pueda ser muy probable. Así que en esta situación se puede interpretar como poner a a CPI en la incómoda posición de juzgar la validez de un procedimiento nacional. Pero al limitar la excepción de

128. *Cox Broad. Corp.*, 420 U.S. en 479. *Cox* citando a *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966) and *Organization for a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415 (1971) (como ilustrativo de esta categoría). Ver también *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989).

129. Finality Rule [*La Regla de la Finalidad*], supra nota 65, en 1015.

130. La limitación sería algún tipo de refrenamiento sobre la capacidad del gobierno de continuar enjuiciando, no sobre la defensa disponible del demandado.

finalidad solamente a una cuestión particular (p.e. la decisión en el caso particular con respecto a la admisión del testimonio) y presentarla como una decisión que tomó el Estado aunque tenía otras opciones, la CPI podría evitar la acusación de que está juzgando a un sistema nacional entero mientras afirma que, sobre el único tema en cuestión, “el Estado no tiene la capacidad de obtener pruebas . . . la evidencia y testimonio necesario debido a la indisponibilidad de su sistema nacional judicial.”¹³¹ La CPI puede entonces formar un argument, si no en base a las normas de indisposición, entonces en base al estándar de incapacidad del Artículo 17(3).

La segunda categoría de excepciones de *Cox* implica casos “en los cuales la cuestión federal, finalmente decidida por la corte más alta en el Estado, sobrevivirá y requerirá la decisión independientemente del resultado de procedimientos futuros de la corte estatal.”¹³² Como ejemplos de esta categoría, la corte de *Cox* indicó a *Brady v. Maryland*¹³³ y *Radio State WOW, Inc. v. Johnson*,¹³⁴ y el caso reciente de *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*¹³⁵ que es apropiado para esta categoría. Aplicada a la CPI, esta categoría es muy difícil de análogar porque la incapacidad de la CPI para reconocer crímenes del Estatuto de Roma como más legítimos que “crímenes ordinarios” conforme a leyes nacionales—aunque la CPI ha especificado cierta conducta como genocidio o crímenes contra la humanidad, la misma conducta puede ser juzgada por una judicatura nacional como un crimen ordinario que puede no llevar la misma condena o consecuencias que un crimen del Estatuto de Roma. Esta categoría de excepciones básicamente requiere una decisión de la CPI que, independientemente de lo que haga el Estado, va a dejar sin resolver una cuestión que requerirá la intervención de la CPI. Incluso aún más fuerte que la primera categoría, este tipo de excepción requiere que la corte juzgue la capacidad de las cortes nacionales de manejar totalmente un enjuiciamiento. Un caso hipotético sería el de la corte Sudanesa más alta

131. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el art. 17(3).

132. *Cox Broad. Corp.*, 420 U.S. en 480.

133. *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963) (La Corte Suprema concediendo revisión cuando el caso fue devueltamente solamente por la cuestión del castigo al acusado a pesar de las objeciones del acusado sobre las acciones del Fiscal como inconstitucionales porque independientemente del resultado de la cuestión del castigo, el acusado todavía tenía el derecho de apelar en base a la cuestión constitucional. La cuestión constitucional era independiente de los acontecimientos durante los procedimientos del castigo).

134. *Radio Station WOW, Inc.*, 326 U.S. 120 (encontró que la cuestión federal sobrevivirá los procedimientos estatales porque se devolvió sólo para la determinación de daños).

135. *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982) (La Corte Suprema concediendo la revisión para un caso en el cual una corte de Mississippi devolvió el caso a la corte de primera instancia en base a la cuestión de daños porque las cuestiones de ley federal no serían resueltas en otros procedimientos estatales).

que devuelve un caso de asesinato a una corte inferior para más procedimientos sólo en base a una cuestión de perjurio. Si la CPI considera que los otros procedimientos Estatales no afectarían la absolución por los cargos de asesinato, todavía tendría problemas para justificar la intervención en base a aquellas razones. La CPI tendría dificultad en probar la admisibilidad de un fallo final estatal, pero ésta sería mucho menos si justifica la interferencia como una excepción a la regla del fallo final—el intervenir porque la Corte considera que la absolución es la decisión incorrecta sería muy difícil de defender. Aunque la primera categoría de excepciones de *Cox* tiende a caracterizar a los otros procedimientos del Estado como una simple formalidad, esto deja abierta la posibilidad de que el sistema nacional todavía es válido, pero que simplemente no tiene la capacidad de alcanzar el resultado necesario en este caso particular. Esta segunda categoría, sin embargo, requiere una caracterización más evidente del sistema del Estado como erróneo o inadecuado para enjuiciar completamente por los tipos de crímenes del Estatuto de Roma, una representación que la CPI sería sabia en no adoptar.

La tercera categoría de *Cox* incluye “aquellas situaciones donde los reclamos federales han sido finalmente decididos, pero hay otros procedimientos en cuanto a los méritos por ocurrir en las cortes estatales, pero en los cuales la revisión de la cuestión federal no se puede dar más tarde, independientemente del resultado del caso.”¹³⁶ Citando a *California v. Stewart*¹³⁷ y *North Dakota State Board of Pharmacy v. Snyder's Drug Stores, Inc.*,¹³⁸ *Cox* permite la interferencia federal antes de un fallo final estatal cuando la cuestión federal se perdería permanentemente si el caso procede en las cortes estatales. En el contexto de la CPI en Sudán, esto podría reflejar en un caso en el cual Sudán intenta enjuiciar a un acusado por el genocidio en base a las pautas del Estatuto de Roma, pero durante sus procedimientos, decide que ciertas pruebas de esterilización masiva no pueden ser recolectadas. Si el caso por genocidio procediera en el sistema nacional en base a otras razones, la CPI pudiera perder para siempre la posibilidad de juzgar la presunta conducta de esterilización masiva y los autores podrían no ser juzgados por esa conducta en particular del todo. Esta tercera categoría de excepciones se puede caracterizar como que permite a la CPI a intervenir cuando barreras procesales Estatales previenen

136. *Cox Broad. Corp.*, 420 U.S. en 481.

137. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) (La Corte Suprema citando a un fallo de corte estatal como final porque “la absolución del acusado en el juicio excluiría, conforme a la ley estatal, una apelación por parte del estado.”).

138. *North Dakota State Bd. of Pharmacy v. Snyder's Drug Stores, Inc.*, 414 U.S. 156 (1973) (La Corte Suprema encontrando que la cuestión de que si una ley de Dakota del Norte era constitucional necesaria debe ser decidida antes de que el caso procediera en las cortes estatales o si no la cuestión constitucional nunca sería tratada).

procedimientos sobre cuestiones relevantes al área de interés de la CPI, y mientras que la intervención de la CPI indudablemente revolverá discusión, es probablemente menos que si afirmara tener derecho a intervenir en un área de derecho sustantivo estatal.¹³⁹ La CPI en esta excepción crea una burbuja para sí misma si utiliza este tipo de excepción para preservar cuestiones relevantes a la Corte, y lo hace señalando una deficiencia en el procedimiento procesal del estado. Esto calificaría según el Artículo 17(3) como incapacidad del Estado, mientras que no imputa al Estado proteccionismo intencional o la intención de evitar la justicia.

La última categoría de excepciones de *Cox* es la más confusa. En su forma más simple, “permite la revisión interlocutoria (1) cuando ‘la anulación de la corte estatal sobre la cuestión federal impediría algún otro litigio sobre la causa relevante de la acción,’ y (2) cuando el no considerar la decisión de la corte estatal inmediatamente ‘podría erosionar seriamente la política federal.’”¹⁴⁰ La opinión *Cox* cita a *Curry, Langdeau, y Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*¹⁴¹ como los casos que más reflejan este tip de excepción. Esta clase es muy similar a la tercera categoría excepto que en esta categoría, la Corte Suprema interviene porque es el único momento en el cual puede con certeza revisar la cuestión. La cuarta categoría, sin embargo, incluye excepciones para cuando la revisión se puede dar también más adelante.¹⁴² Esta característica tiende a cambiar excepciones de la categoría cuatro hacia “un modelo de cuestión individual” en el cual la Corte Suprema decide revisar cuestiones independientes que considera importante para intereses federales.¹⁴³ Aunque la CPI puede encontrar este tipo de excepción útil, necesita ser cuidadosa ya que revisar un procedimiento Estatal porque esto sirve principalmente a un interés importante de la CPI se acerca mucho a la creación de una jerarquía inoportuna. Mientras que las otras tres categorías de excepciones a la doctrina de finalidad dependen de circunstancias en las cuales la CPI puede intervenir porque el Estado demuestra indisposición o incapacidad, esta categoría parece indicar situaciones en las cuales hasta la corte admite que el Estado pudiera todavía estar dispuesto o tener la capacidad. Esta

139. *Finality Rule [La Regla de la Finalidad]*, *supra* note 65, en 1021–22 (aunque “la Corte generalmente dé efecto a las reglas procesales razonables del estado . . . [p]ero ya que la doctrina independiente y adecuada de bases estatales en su aplicación al derecho procesal estatal se basa principalmente en las consideraciones de cortesía—en vez de un estatuto del Congreso, que fundamenta la doctrina en su aplicación al derecho sustantivo estatal—La Corte no tiene que observar la ley estatal procesal tan escrupulosamente como debe declarar razones sustantivas.”).

140. *Id.* en 1023–24.

141. *Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

142. *Ver a* CHEMERINSKY, *supra* nota 44, en 676.

143. *Finality Rule [La Regla de la Finalidad]*, *supra* nota 65, en 1006–07, 1025–26.

excepción dentro del sistema federal estatal ya es tenue,¹⁴⁴ pero al aplicarse al sistema CPI-estatal en el cual la distinción de ley nacional-supranacional no es muy clara, esta excepción es probablemente irrealizable.

C. Excepciones a la Doctrina de Abstención

La abstención es un ejercicio de refrenamiento judicial cuando todas “las exigencias jurisdiccionales y de justiciabilidad están satisfechas.”¹⁴⁵ Aunque existan diversas teorías en cuanto a cómo o por qué las cortes federales deberían ordenar mandatos de prohibición,¹⁴⁶ la concesión del refrenamiento judicial en vista de procedimientos estatales se ha imbuido fuertemente en el sistema federal judicial.¹⁴⁷ Las excepciones a esta presunción de deferencia por lo tanto deben combatir a un objetivo sistémico de promover los intereses de cortesía y federalismo. Naturalmente, las pocas circunstancias que pueden justificar la contravención de la presunción de deferencia son situaciones extremas. Transferidas al contexto CPI, estas son situaciones más relevantes a una determinación de indisposición conforme al Artículo 17(2), en vez de incapacidad conforme al Artículo 17(3). Además, ya que la CPI no tiene realmente la capacidad de prohibir procedimientos Estatales, el equivalente de un mandato de prohibición o reparo declaratorio sería la determinación que un caso cumple con las exigencias de admisibilidad del Estatuto de Roma. Finalmente, las situaciones que califican como excepciones bajo una teoría de abstención, al contrario de las excepciones a la regla del fallo final, no son casos inciertos de mal manejo por parte del Estado que pueden simplemente implicar incapacidad sin intención negativa—más bien estos son claros ejemplos de mala conducta Estatal que representan un alto nivel de mala conducta intencional.

La Corte Suprema en *Younger* imaginó que la abstención aplicaría en todos los casos menos en “circunstancias excepcionales” en las cuales las cortes federales podrían ejercer su jurisdicción.¹⁴⁸ Este razonamiento sigue de cerca la explicación dada en la doctrina del agotamiento, que cita “circunstancias de urgencia peculiar” como las únicas excepciones a la

144. REDISH, *supra* nota 79, en 254–55.

145. CHEMERINSKY, *supra* nota 44, en 761.

146. Por ejemplo, la Ley Anti-prohibición era una prohibición estatutaria contra los mandatos de prohibición por parte cortes federales en procedimientos estatales, con el cual algunos critican la abstención de *Younger* como una interferencia innecesaria. Ver Martin Redish, *Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function* [Abstención, División de poderes, y los Límites de la Función Judicial], 94 YALE L. J. 71 (1984).

147. Shapiro, *supra* nota 89, en 545–52.

148. *Emporium Capwell Co. v. Western Addition Cmty.*, 420 U.S. en 53–54.

presunción de deferencia a los estados.¹⁴⁹ El énfasis sobre qué tan extremas tienes que ser estas situaciones refleja la presunción que el Estatuto de Roma coloca sobre la Corte—que un caso es considerado inadmisibles a menos que la Corte pueda probar una de las situaciones que justifican una excepción.

Los enjuiciamientos de mala fe por parte de los estados constituyen el primer tipo de excepción reconocido por la corte en *Younger*.¹⁵⁰ La encarnación de esta excepción se dió en el ejemplo de *Dombrowski v. Pfister*, un caso en el cual los fiscales estatales utilizaron las cortes con el propósito de acosar e intimidar a activistas de derechos civiles como “parte de un plan de utilizar detenciones, decomisos, y amenazas de enjuiciamiento conforme a la autoridad de estatutos para acosar a los apelantes y desanimarlos a ellos y sus partidarios de afirmar e intentar reivindicar los derechos constitucionales de los ciudadanos Negros de Louisiana.”¹⁵¹ Al distinguir a *Younger* de *Dombrowski*, la Corte Suprema observó que *Dombrowski* “estableció suficientemente la clase de daño irreparable, mucho mas allá de aquel asociado con la defensa de un sólo procesamiento iniciado de buena fe, que siempre se había sido considerado como la única circunstancia en la cual se justificaba un mandato de prohibición.”¹⁵² La Corte Suprema explicó, sin embargo, “que hasta el daño irreparable es insuficiente a menos que sea ‘grande e inmediato.’”¹⁵³ Aunque el mismo caso de *Younger* no calificó para una excepción como un enjuiciamiento de mala fe y ningún otro caso desde entonces ha calificado para tal excepción, teóricamente un caso de enjuiciamiento de mala fe que cause un daño irreparable grande e inmediato calificaría.

En una situación que implica a la CPI, un enjuiciamiento de mala fe por parte del Estado no sería un caso de acoso, pero más bien de lenidad excesiva a favor del acusado(s). La Corte no estaría alineada con los intereses de las partes que están siendo acosadas, pero más bien con los peticionarios hipotéticos (p.e. víctimas) que piden un mandato de prohibición para los procedimientos nacionales basados en reclamos por daños irreparables. Esta demostración satisfaría la definición de indisposición del Artículo 17(2) porque esto sería un enjuiciamiento iniciado para proteger a un acusado, o conducir o retrasar sin justificación una audiencia imparcial con la intención de evitar hacer justicia con el

149. *United States ex rel. Kennedy*, 269 U.S. en 17.

150. *Younger*, 401 U.S. en 48–49.

151. *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479, 482 (1965).

152. *Younger*, 401 U.S. en 48.

153. *Id.* en 46.

acusado.¹⁵⁴ La utilidad del ejemplo *Dombrowski* es que especifica que nivel de daño a causa de un enjuiciamiento de mala fe es necesario para justificar la intervención ya que el mismo Estatuto de Roma es vago en cuanto a cualquier método de medida (p.e. qué califica como proteccionismo). La aplicación del racionamiento de la CPI, la carga puesta en los apelantes en *Dombrowski* de probar sus alegaciones de daños irreparable se transfiere a la CPI de tal manera que ésta debe probar un daño irreparable grande e inmediato. Por supuesto, el daño en un caso de la CPI no es a los acusados que se benefician de la lenidad de las cortes nacionales. La Corte tendría que actuar como representante de una combinación de los intereses de las víctimas y el interés de la comunidad internacional en demostrar algún tipo de daño que ha resultado a causa del enjuiciamiento de mala fe por parte del Estado.¹⁵⁵ Particularmente en el caso de Darfur, la remisión del Consejo de Seguridad expresó los deseos específicos de la comunidad internacional entera representada en las Naciones Unidas,¹⁵⁶ de manera tal que alegar un daño a los intereses expresos de al menos la comunidad internacional, si no de las víctimas de los presuntos crímenes, no debería ser difícil de comprender.

Sin embargo, cómo mostrar un daño no es fácilmente evidente cuando hay una carencia de un verdadero peticionario. La representación por parte de la Corte de intereses hipotéticos aún tendría que basarse en probar un daño irreparable a alguien. Por ejemplo, si el enjuiciamiento Sudanés fue conducido de mala fe, la CPI podría alegar un daño irreparable “grande e inmediato” a 1) las reclamos de las víctimas que pueden perder la posibilidad de presentar cargos contra los autores, 2) las víctimas que siguen sufriendo a manos de la milicia janjaweed debido a una falta de enjuiciamiento de buena fe, y/o 3) la capacidad de la comunidad internacional de prevenir crímenes del Estatuto de Roma o asegurar juicios de buena fe mediante su proceso de remisión. El alcance del daño tendría que ser probado de la misma forma que lo hicieron los apelantes en *Dombrowski*:

154. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el art. 20 (3). Este artículo sobre *ne bis in idem* también menciona estas normas de proteccionismo y procedimientos independientes o imparciales. La doctrina de abstención, sin embargo, es más relevante a una analogía del Artículo 17 porque la abstención ocurre antes de que la corte estatal haya completado sus procedimientos, mientras *ne bis in idem* concierne la evaluación después de la convicción o la absolución, una doctrina más similar al agotamiento o el fallo final.

155. Hay varias teorías que designan la Corte como la conexión de interés internacional en prevenir los crímenes principales. Ver SADAT, *supra* nota 63, en 47-75; BROOMHALL, *supra* nota 9, en 42-43; TRIFFTERER, *supra* nota 9, en 23-32.

156. Ver CONDORELLI AND VILLALPLANDO, *Can the Security Council Extend the ICC's Jurisdiction?* [Puede el Consejo de Seguridad Ampliar la Jurisdicción de la CPI?], en THE ROME STATUTE AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY [EL ESTATUTO DE ROMA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN COMENTARIO] 627-40 (Antonio Cassese et. al. eds., 2002).

Ha ofrecido a probar que sus oficinas habían sido redadas y todos sus archivos y registros decomisados de acuerdo con ordenes de captura y allanamiento que más tarde fueron sumariamente invalidadas por un juez estatal por falta de causa presunta. Ellos también ofrecieron probar que a pesar de la orden judicial estatal que anuló las ordenes y suprimió las pruebas decomisadas, el fiscal continuaba amenazando con iniciar nuevos juicios contras los apelantes conforme a los mismos estatutos, conducía audiencias públicas en las cuales las copias fotostáticas de los documentos ilegalmente decomisados eran usadas, y amenazaba con usar otras copias de los documentos ilegalmente decomisados para obtener autos de acusaciones por el gran jurado contra los apelantes por violar los mismos estatutos.¹⁵⁷

Estos tipos de alegaciones transferidas a un contexto de la CPI podrían convertirse en fallos sumarios repetidos declarando sin lugar las demandas consecutivas contra el acusado, continuando el uso del testimonio perjurado, amenazas continuas de enjuiciamiento contra a los testigos o víctimas, y otros actos que indican la violación perpetua del interés de las víctimas y la comunidad internacional en un enjuiciamiento de buena fe. Formular las normas de indisposición de la forma *Dombrowski*, como una excepción a la doctrina de abstención normal, le permite a la corte utilizar un vocabulario tal como el daño irreparable, y añade dimensiones como “grande e inmediato,” para rellenar los espacios en blanco que deja el Artículo 17(2).

Otra manera productiva de aplicar la excepción de mala fe de *Younger* es por examinar cuales fueron los casos que la Corte Suprema designó como insuficientes para alcanzar el nivel de mala fe de *Dombrowski*. Ya que las cortes federales no han concedido ni una sólo excepción de mala fe después de *Younger*, los casos que no califican prueban ser más relevantes a la definición de los casos que pueden calificar.¹⁵⁸ Por ejemplo, en *Hicks v. Miranda*, la Corte Suprema rechazó la determinación de mala fe o acoso mediante el decomiso repetido de la película “Deep Throat” porque las acciones fueron conducidas conforme a la autoridad de ordenes judiciales.¹⁵⁹ Esto insinúa la idea que la prueba de mala fe tiene que correr

157. *Younger*, 401 U.S. en 48.

158. Dentro de las cortes federales, el criterio necesario para conceder esta excepción ha resultado ser sumamente estrecho. Ver FALLON et al., *supra* nota 78, en 1227. La excepción de mala fe podría ser caracterizada como que abarca sólo aquellos casos “con juicios repetidos iniciados por funcionarios estatales únicamente con el objeto de acosar sin oportunidad de presentar las demandas en la corte estatal debido a la indisponibilidad o prejuicio de la judicatura estatal.” Ver también CHEMERINSKY, *supra* nota 44, en 832.

159. 422 U.S. 332 (1975). A diferencia de *Dombrowski*, en el cual las amenazas continuas incluyeron el uso de documentos ilegalmente decomisados, *Hicks* no proporciona una demostración de ilegalidad.

verticalmente, mostrando una intención de acosar en cada nivel. Esto es similar a *Juidice v. Vail*, otro caso en el cual la Corte Suprema encontró que la carencia de mala fe por parte de los jueces que daban las órdenes anuló las alegaciones de mala fe que hubieran permitido una excepción.¹⁶⁰ La CPI podría así entonces querer enfocarse, además de en la naturaleza total del enjuiciamiento, en alegar y probar la mala fe de parte de los jueces o la intención de los cuerpos de judicatura de hacer cumplir ordenes judiciales “motivados por el deseo de acosar o . . . conducirse de mala fe.”¹⁶¹

La segunda categoría de excepción de *Younger* a la doctrina de abstención es para estatutos que “flagrantemente y evidentemente violan prohibiciones constitucionales expresadas en cada cláusula, oración y párrafo, y a cualquier manera y a quien quiera que se le intente aplicar.”¹⁶² Hoy en día, esta clase de excepciones está casi extinta en las cortes federales después de *Trainor v. Hernandez*, en el cual la Corte Suprema anuló una determinación de la corte inferior que un estatuto estatal violaba la cláusula del debido proceso sin aclarar si un estatuto inconstitucional justifica una excepción a la abstención.¹⁶³ La CPI, sin embargo, sólo necesita explorar si la razón original detrás de esta excepción se aplica a la carga de la Corte de probar la indisposición. Un caso comparable a la situación de Darfur sería si Sudán decretara un estatuto que declara a todos los acusados con cargos por crímenes antes del 3 de marzo del 2005 (fecha en la cual el Consejo de Seguridad remitió a Darfur a la CPI¹⁶⁴) inmune o perdonado. Las discusiones sobre la naturaleza de amnistías o perdones en relación a la admisibilidad generalmente tienden a reconocer la admisibilidad de casos en los cuales la amnistía fue repartida durante un procedimiento o como la conclusión de un procedimiento, pero reconoce la limitación del Estatuto de Roma en el alcance de amnistías o perdones después de condenas.¹⁶⁵ Basado en el Artículo 17, la asunción es que las amnistías concedidas durante el curso de un procedimiento

160. 430 U.S. 327 (1977).

161. *Id.* en 326.

162. *Younger*, 401 U.S. en 53–54 (citando *Watson v. Buck*, 313 U.S. 387, 485–86 (1941)).

163. 431 U.S. 434 (1977).

164. Press Release, Security Council, Security Council Refers Situation in Darfur, Sudan, to Prosecutor of International Criminal Court [Comunicado de prensa, el Consejo de Seguridad, el Consejo de Seguridad Remite la Situación en Darfur, Sudán, al Fiscal de La Corte Penal Internacional] Documento O.N.U. SC/8351 (Mar. 3, 2005).

165. Las amnistías concedidas durante un juicio pueden contribuir a una determinación de admisibilidad basada en la indisposición, mientras las amnistías y perdones concedidos en lugar de un juicio no excluyen a la CPI según el principio de *ne bis in idem* ya que ellos no califican como fallos. Ver VAN DEN WYNGAERT AND ONGENA, *supra* nota 63, en 726–27; BROOMHALL, *supra* nota 9, en 100–102; SADAT, *supra* nota 63, en 53–69.

automáticamente califican el juicio como “un juicio de simulacro.”¹⁶⁶ El racionamiento de la excepción de *Younger* puede reforzar esta presunción señalando a cualquier ley específica que autorice amnistías generales o inmunidad y suministrando apoyo suplemental para declararla sin lugar.¹⁶⁷ Para los casos de medidas después de una condena, la excepción de *Younger* podría convertirse útil si esto pudiera señalar alguna ley que resulte en una amplia franja de inmunidad o perdones de manera tal que al compararse con el modelo previo de promulgación legislativa de conformidad con un fallo, el nuevo estatuto demuestra una indiferencia flagrante por las normas exigidas en el Estatuto de Roma. Como tal, esta excepción de *Younger* provee otra base para comparar procedimientos nacionales contra sus propias historias, incluso si, al final, la rareza de amnistías o perdones por la vía estatutaria rendirá a esta excepción a mínima utilidad.

La tercera excepción de *Younger* incluye unos subtemas abarcados en la categoría más amplia de las situaciones en que el estado carece de un foro adecuado para decidir la cuestión. La razón puede ser el prejuicio o una determinación de que las cortes estatales no ofrecen un remedio adecuado.¹⁶⁸ *Younger* no parece presentar explícitamente las fronteras de esta tercera excepción de manera tal que la confirmación de la existencia de la excepción consiste de casos subsecuentes que suponen la excepción, pero aún la excepción del foro estatal inadecuado es la más sustancial de las excepciones que provienen de *Younger*.¹⁶⁹ *Gibson v. Berryhill* fue uno de los primeros casos en utilizar esta tercera excepción.¹⁷⁰ En *Gibson*, los demandantes se quejaron que la Junta de Optometría de Alabama sufría de una prejuicios incurables que le impedía proveerles a ellos una “audiencia justa e imparcial conforme al derecho al debido proceso previsto en la

166. VAN DEN WYNGAERT AND ONGENA, *supra* nota 63, en 726. Ver también BROOMHALL, *supra* nota 9, en 94–96 (“Las amnistías típicamente continua siendo un tributo que se rinde, en negociaciones, al hecho de poder presente, y su aceptabilidad en cualquier circunstancia continua siendo polémica.”).

167. Las excepciones como la creación de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica destacan la dificultad de la presunción de que todas las amnistías conducen a juicios de simulacro inconsistentes con los objetivos del Estatuto de Roma. Ver BROOMHALL, *supra* nota 9, en 101; SADAT, *supra* nota 63, en 59–69.

168. *Younger*, 401 U.S. en 45 (citando *Fenner v. Boykin*, 271 U.S. 240, 243–44 (1926) “[C]asos han establecido la doctrina de que, cuando es absolutamente necesario para la protección de derechos constitucionales, las cortes de los Estados Unidos tiene el poder de prohibirle a oficiales estatales el instituir acciones criminales. Pero esto no se puede lograr, excepto en circunstancias extraordinarias, donde el peligro de pérdida irreparable es tan grande como inmediato. Generalmente, no debería haber ninguna interferencia con tal oficial. . . . El acusado primeramente debería establecerse y basarse en su defensa en las cortes estatales, aún cuando esto implique un ataque a la validez de algún estatuto, a menos que parezca claramente que este curso no permitiría la protección adecuada.”).

169. Brian Stagner, *Avoiding Abstention: The Younger Exceptions* [Evitando la Abstención: Las Excepciones de *Younger*], 29 TEX. TECH. L. REV. 137, 163–64 (1998).

170. 411 U.S. 564 (1973).

ley.”¹⁷¹ La Corte Suprema concurre que los procedimientos estatales estaban perjudiciados en base al hecho que “aquellos con un interés pecuniario sustancial en los procedimientos legales no deberían decidir estas disputas,” y posiblemente también porque la Junta podría tener una noción perjudicial contra los demandantes de antemano.¹⁷² La disposición de la rama federal para intervenir, sin embargo, ya está circunscrita en parte por *Kugler v. Helfant*, un caso en el cual las reglas estatales que permiten la recusación judicial eran suficiente salvaguarda contra el prejuicio del sistema entero de manera tal que no se demostró que el sistema de corte estatal entero no podía proveer un proceso imparcial.¹⁷³

Trasplantado al contexto de la CPI, el racionamiento de *Gibson* requiere una demostración por parte de la Corte de que los procedimientos nacionales sufren de un prejuicio (como el beneficio sustancial pecuniario) tan severo que esto penetra el sistema entero, o que las partes a cargo de tomar las decisiones en los procedimientos se han previamente comportado de una forma indicativa de una disposición predeterminada (tal como en el caso de un abogado que anteriormente defendió al acusado y que ahora preside como juez). La Corte al argumentar para una demostración de indisposición entonces tiene que concentrarse en demostrar que el sistema nacional en general no tiene salvaguardas suficientes para garantizar un sistema imparcial, no solamente uno o dos jueces imparciales, y en probar que los jueces o cuerpos administrativos tienen estas intereses sustanciales en el resultado del caso.

El segundo aspecto de la excepción del foro estatal inadecuado está basado en si el procedimiento estatal puede proporcionar un remedio. La Corte Suprema trató esto en *Gerstein v. Pugh*, un caso en el cual las cortes federales, refiriéndose sólo brevemente a *Younger*, sostuvieron que:

El reparo no fue excluido según las restricciones equitativas sobre la intervención federal en enjuiciamientos estatales. . . . La prohibición no estaba dirigida a los enjuiciamientos estatales como tales, pero sólo a la legalidad de la detención antes del juicio sin una audiencia judicial, una cuestión que no podía ser alegada en defensa del enjuiciamiento criminal. La rden de conducir audiencias preliminares no podía perjudicar la conducción del juicio sobre los méritos.¹⁷⁴

171. *Id.* en 570.

172. *Id.* en 579.

173. 421 U.S. 117 (1975).

174. *Gerstein v. Pugh*, 420 U.S. 103, 108 n. 9 (1975).

Esta interpretación de la excepción recuerda la segunda clase de excepciones conforme a la regla del fallo final—la supervivencia de un interés importante federal del cual el estado no tiene ninguna manera de tratar adecuadamente. Al igual que ese contexto, la aplicación de este razonamiento a una situación de la CPI es difícil porque la carencia de un remedio estatal no es una razón clara para la intervención. Por ejemplo, Sudán tiene una provisión que permite el uso de fuerza para resistir una orden de arresto ilegal.¹⁷⁵ Si un acusado mata a muchas personas, pero alegara esta provisión como una defensa y el Estado encuentra que la alegación es razonable, la CPI puede verse incapaz de encontrar alguna otra indisposición o incapacidad más que el hecho de que la ley nacional es diferente al Estatuto de Roma. A no ser que las provisiones estatales sean de algún modo aplicadas con prejuicio o de tal modo que causa un gran daño irreparable, la utilidad de la manera de evaluación *Gerstein* puede probar no ser muy útil para la CPI.

La carencia de un remedio adecuado estatal es, sin embargo, diferente a la ausencia completa de un procedimiento estatal. Aunque esto no sea estrictamente una excepción a la doctrina de abstención, la Corte Suprema fue rápida al indicar que los principios de abstención de *Younger* no son aplicables a una situación en la cual el estado no conduce los procedimientos. En *Steffel v. Thompson* la Corte Suprema expresamente encontró:

Cuando no hay ningún procedimiento judicial estatal pendiente al momento que la denuncia federal es entablada, las consideraciones de equidad, cortesía, y el federalismo sobre las cuales se basan *Younger v. Harris*, y *Samuels v. Mackell* . . . tienen poca vitalidad: la intervención federal no resulta en procedimientos legales duplicativos o la interrupción del sistema de justicia criminal estatal; ni tampoco puede la intervención federal, en esas circunstancias, ser interpretada como que refleja negativamente sobre la capacidad de las cortes estatales de hacer cumplir los principios constitucionales.¹⁷⁶

El razonamiento *Steffel*, despojando eficazmente a las cortes federales de cualquier necesidad de justificar la acción federal, aplicado a la CPI es similar a una de las proposiciones de complementariedad iniciales—que la CPI no afronta ningún obstáculo en “una situación de inacción.”¹⁷⁷ Como se explicó anteriormente, una vez que un Estado decide iniciar sus propios

175. ABDALLA HASSAN SALIM, RIGHTS OF THE ACCUSED IN THE SUDAN [LOS DERECHOS DEL ACUSADO EN SUDÁN] 15 (Mohamed Omer Beshir & Maureen Mekki eds., 1983).

176. 415 U.S. 452, 453 (1974).

177. *Complementarity in Practice [La Complementariedad en la Práctica]*, supra nota 33, en 7.

procedimientos, la CPI va a deferir en casi cada situación a los procedimientos Estatales a menos que o hasta que la Corte pueda probar una excepción a la presunción de inadmisibilidad. *Steffel* es simplemente otra teoría para fundamentar el derecho inicial de la Corte de intervenir.

Otra tangente de excepciones a la abstención de *Younger* es el hecho que un estado puede renunciar a su derecho de argumentar el uso de principios de abstención y así voluntariamente rendirse a un foro federal. La Corte Suprema encontró en *Ohio Bureau of Employment Services v. Hodory*, “[s]i el Estado voluntariamente decide rendirse a un foro federal, los principios de cortesía no exigen que la corte federal empuje el caso al propio sistema del Estado.”¹⁷⁸ Similarmente, la mayoría de la jurisdicción de la CPI está construida sobre un fundamento de consentimiento Estatal.¹⁷⁹ Conforme al Artículo 13(a) y (c) respectivamente, la Corte puede ejercer su jurisdicción si la situación es remitida por una Parte Estatal (que inicialmente posee jurisdicción sobre el asunto) o si el Fiscal usa su poder *proprio motu*.¹⁸⁰ Ambas de estas situaciones requieren la aprobación del Estado del ejercicio de la Corte de jurisdicción¹⁸¹ y son por lo tanto teóricamente análogos a las renunciaciones *voluntarias* de la abstención de *Younger*. La renuncia voluntaria, sin embargo, puede ser usada no sólo para permitir el procedimientos de cortes federales, pero hasta para impulsar al sistema federal a asumir el caso.¹⁸² Cuando se preparó el Estatuto de Roma, nadie contempló que los Estados estuvieran tan dispuestos a remitir casos a la Corte porque los intereses de soberanía Estatal eran tan importantes.¹⁸³ La preocupación ahora es que las cortes nacionales, al remitir sus casos voluntariamente, en realidad lo harán en detrimento a los principios subyacentes de complementariedad. La presunción de deferencia a procedimientos Estatales subraya la intención del Estatuto de Roma de crear un sistema en el cual los Estados no esquivan

178. 431 U.S. 471, 480 (1977).

179. Artículo 12(1) declara que “[u]n Estado que se hace Parte a este Estatuto acepta así la jurisdicción de la corte con respecto a los crímenes mandados en el artículo 5.” *Ver Lattanzi, supra* nota 90, en 6–7.

180. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en el art. 13(a) y (c).

181. Hans-Peter Kaul, *Preconditions to the Exercise of Jurisdiction, in THE ROME STATUTE AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY [Pre-Condiciones al Ejercicio de Jurisdicción, En EL ESTATUTO DE ROMA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN COMENTARIO]* 606 (Antonio Cassese et al., eds., 2002).

182. Stagner, *supra* nota 169, en 176–77.

183. Claus Kress, *Self-Referrals and Waivers of Complementarity: Some Considerations in Law and Policy [Autoremitisiones y Renuncias a la Complementariedad: Algunas Consideraciones de Ley y Política]* 2 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 944, 944–45 (2004).

su deber de enjuiciar los crímenes principales.¹⁸⁴ La aceptación continua de la Corte de casos de auto-remisión que renuncian a la complementariedad, aunque necesaria si la necesidad de investigación y enjuiciamiento existen, puede disminuir la eficacia de regímenes nacionales. La CPI debe estar consciente de la probabilidad de que los Estados pueden aprovecharse del hecho de que ellos pueden renunciar a su jurisdicción primaria y proceder a una 'auto-remisión selectiva o asimétrica' donde el gobierno de jure también es una de las partes en un conflicto armado interno."¹⁸⁵ En esta situación, la Corte tiene que reconocer la política en juego y adherirse a su deber de investigar la situación completa, en vez de casos específicos solamente.¹⁸⁶ Renuncias estatales a favor del foro CPI son así ambos un derecho al uso del deber de la Corte de cumplir con una abstención tipo *Younger*, pero también le puede dificultar a la Corte en el mantener de su independencia y la viabilidad del régimen de complementariedad.

Otro aspecto interesante a la cuestión de renunciaciones y remisiones es una remisión a la CPI según el Artículo 13(b) por el Consejo de Seguridad actuando conforme al Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Como se vió en la remisión Darfur, Sudán no es un Estado Parte y no ha renunciado voluntariamente al principio de complementariedad. El grado al cual un estado puede involuntariamente renunciar a la doctrina de abstención de *Younger* también es una cuestión que plaga a las cortes federales. Las Cortes federales han decidido que los estados en realidad pueden involuntariamente renunciar a los principios de abstención de *Younger* y que las cortes federales pueden considerar la doctrina de abstención *sua sponte*.¹⁸⁷ En el ámbito de la CPI, estas preocupaciones son ligeramente diferentes porque la Corte tiene la obligación conforme al Artículo 53(1)(b) de considerar cuestiones de admisibilidad de manera tal que la consideración de la admisibilidad *sua sponte* ya es asumida. La cuestión de que si los Estados pueden involuntariamente renunciar para pasar a un procedimiento de la CPI, sin embargo, es más una cuestión política y práctica que una cuestión jurisdiccional.¹⁸⁸ El Estatuto de Roma

184. El Estatuto de Roma, *supra* nota 8, en para. 6 de Preámbulo ("Recordando que es el deber de cada Estado de ejercer su jurisdicción criminal sobre aquellos responsables de crímenes internacionales.").

185. Kress, *supra* nota 183, en 946-47. *Ver también* Broomhall, *supra* nota 13, en 80 ("Los Estados Partes pueden a veces preferir por varios motivos que la jurisdicción sea ejercida por la CPI.").

186. El Zeidy, *supra* nota 11, en 914-15 (citando la elección intencional del término "situación" a diferencia "de casos" porque redujo la "independencia en el ejercicio de jurisdicción" de la Corte).

187. Stagner, *supra* nota 169, en 177.

188. Sadat & Carden, *supra* nota 1, en 414-15 ("La complementariedad tiene un componente sustantivo, un componente procesal, y un componente que llamaremos 'político,' 'o prudencial' a falta de un mejor término. . . . El aspecto prudencial se refiere a las decisiones de política tomadas al decidir que clases de casos deberían estar en la CPI en vez de las cortes nacionales, que, como se notó anteriormente, significa que algunos casos que están claramente dentro de la jurisdicción de la corte (por

confiere a la CPI la jurisdicción, pero la investigación, el procesamiento y el hacer cumplir un juicio sin ninguna cooperación del Estado sería difícil, si no imposible. La remisión del Consejo de Seguridad, en virtud de ser una extensión de la ONU y por esto de los propios poderes de la ONU, tan sólo dota a la CPI con un recurso y aliado adicional, pero esto no extiende la jurisdicción de la Corte más allá de lo que permite el Artículo 13(b).¹⁸⁹ La renuncia involuntaria en el sentido de la CPI entonces sólo surge en el contexto de una remisión por parte del Consejo de Seguridad y resulta en una mayor dependencia en las capacidades de la ONU de coaccionar la cooperación que en la capacidad de la CPI de imponer su jurisdicción.

D. Posibles Bases Futuras para Excepciones de Admisibilidad CPI

Existen varias teorías adicionales para la doctrina de cortes federales que también puede ser relevante a la estructura de la CPI, pero que este artículo sólo discutirá brevemente. La noción de bases estatales independientes y adecuadas como justificación para la deferencia federal hacia decisiones estatales proporciona otra área productiva para la comparación con procedimientos de admisibilidad de la CPI. El planteamiento básico de la doctrina independiente y adecuada proviene de la idea de que si la decisión de la corte estatal más alta está fundamentada en bases que son independientes de las bases federales y las bases estatales son adecuadas para fundamentar la decisión, entonces la corte federal no debería ni siquiera revisar la cuestión federal.¹⁹⁰ Para ser independiente, la base estatal “no debe estar entrelazada con o depender de una pregunta federal explícitamente o implícitamente.”¹⁹¹ Para considerarse adecuada, “una decisión basada en ley estatal . . . debería necesariamente ser afirmada aún cuando cualquier decisión sobre ley federal fuera invertida.”¹⁹² Estas bases de independiente y adecuada en un contexto CPI, sin embargo, se podrían “perder en la interpretación” debido a la diferencia entre la relación

prescripción) no serán presididos por la corte.”); Ver también Kenneth Abbott, Robert Keohane, Andrés Moravcsik et al., *The Concept of Legalization [El Concepto de Legalización]*, 54 INT'L ORG. 401 (2000) (notando la tendencia creciente de instituciones legales de tomar decisiones políticas).

189. CONDORELLI AND VILLALPLANDO, *supra* nota 156, en 571.

190. Ver CHEMERINSKY, *supra* nota 44, en 686.

191. Thomas Baker, *The Ambiguous Independent and Adequate State Ground in Criminal Cases: Federalism Along a Mobius Strip [La Base Estatal Ambigua de Independiente y Adecuada en Casos Criminales: Federalismo A lo largo de un Camino de Mobius]*, 19 GA. L. REV. 799 (1985) (citando Michigan v. Long, 463 U.S. 1032 (1983) y Minnesota v. National Tea Co., 309 U.S. 551 (1940)).

192. Richard Matasar y Gregory Bruch, *Procedural Common Law, Federal Jurisdictional Policy, and Abandonment of the Adequate and Independent State Grounds Doctrine [La Ley Procesal Común, La Póliza Federal Jurisdiccional, y El Abandonamiento de la Doctrina de la Base Estatal Independiente y Adecuada]*, 86 COLUM. L. REV. 1291, 1292 n.2 (1986) (citando Fox Film Corp. v. Muller, 296 U.S. 207, 210 (1935)).

nacional-supranacional y la relación estatal-federal. La falta de bases supranacionales distintas en vez de bases nacionales, actualmente parece implicar que todas las bases nacionales son independientes y adecuadas para cualquier decisión que el Estado tome.

Eventualmente, sin embargo, puede ser que la CPI tenga que profundizar cómo enfrentará el espacio vacío entre procedimientos nacionales en el contexto de crímenes ordinarios y procedimientos que utilizan el lenguaje del Estatuto de Roma. El concluir que los procedimientos de crímenes ordinarios no son independientes o adecuados en relación a la ley supranacional puede ser uno métodos para distinguirlos de las normas del Estatuto de Roma de manera tal que la CPI pudiera intervenir con una determinación de indisposición o incapacidad.¹⁹³ El solidificar tal posición requerirá, más o menos, una presunción de que los Estados deberían implementar legislación que incorpore los crímenes principales en sus leyes nacionales o de lo contrario enfrentarían una determinación de que sus leyes de crímenes ordinarios son inadecuadas o no son independientes de cuestiones del Estatuto de Roma.¹⁹⁴

VI. CONCLUSIÓN

El régimen de complementariedad sirve como un guardián para cualquier investigación y enjuiciamientos que la CPI enfrente. La característica más interesante de la complementariedad, sin embargo, es la función doble que realiza tanto como un guardia que le impide a la jurisdicción de la Corte ir más allá de su mandato y como un acomodador que trae casos a la jurisdicción de la CPI cuando los Estados esquivan sus deberes. El requisito de la admisibilidad en base a una demostración de

193. Algunos académicos creen que la admisibilidad basada en las discrepancias de sistemas legales es un final anunciado. Ver BROOMHALL, *supra* nota 13, en 81 (“la ausencia en la ley nacional de prohibiciones, defensas, principios generales y sentencias dispuestos en el Estatuto podrían fundamentar una determinación por parte de la Corte de admisibilidad en base a la inacción a nivel nacional . . . Este podría ser el caso cuando la ley nacional tiene definiciones de crímenes demasiado estrechas, principios de ley generales más restrictivos que los del Estatuto, o defensas que son demasiado amplias. En esos casos, el Estado no podría imponer responsabilidad criminal por actos que son criminales según el Estatuto, resultando así en impunidad de facto. La inacción resultante puede rendir el caso admisible aunque esto presume que la diferencia entre la ley nacional y el Estatuto tendría que ser importante antes de que la Corte considere ejercer su jurisdicción, si las autoridades nacionales están procediendo de buena fe.”); Aún así, el argumento de que una regla procesal no es un impedimento a la jurisdicción deja a la Corte con el impedimento de *ne bis in idem* conforme bajo el Artículo 20. Pareciera que la CPI no puede procesar el caso a menos que la Corte demuestre que el Estado había entabló el caso sabiendo que, o con la intención de encontrarse con un obstáculo procesal.

194. Al final, la complementariedad, para funcionar, necesita una adaptación por parte de los Estados de las normas del Estatuto de Roma. Ver Kleffner, *supra* nota 59, en 94 (“la implementación extensiva es indispensable para que la CPI realice su función complementaria eficientemente. Para interpretar las provisiones de complementariedad de manera que tengan el peso y efecto máximo de acuerdo a las funciones de la CPI entonces implica una obligación para los Estados Partes de establecer su jurisdicción sobre los crímenes CPI al grado que se requiere para propósitos de un enjuiciamiento nacional.”).

indisposición o incapacidad Estatal por la cual todas los procedimientos deben pasar.

· El régimen de complementariedad también destaca las dificultades de la relación nacional- supranacional y enfoca las limitaciones de la Corte de una manera que acomoda la comparación con la relación federal-estatal. Por medio de estas doctrinas de agotamiento, finalidad, y abstención, la Corte puede tener una breve visión de lo que implicaría su futuro. Cualquier sugerencia sobre lo que la Corte intenta lograr con remisiones como Darfur puede provenir de la comparación.