

43

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LETI S. PRÆVIDE ET PRO

Revista

Diciembre 2018

43

Revista Penal

Diciembre 2018

Penal



tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 43

Sumario

Doctrina:

- Sistemas nacionales de justicia, persecución de crímenes internacionales y principio de complementariedad. Especial referencia a algunas experiencias latinoamericanas, por *Kai Ambos y Gustavo Urquizo* 5
- Normalización VS. perversión: a propósito del concepto de pornografía infantil, por *Viviana Caruso Fontán* 25
- Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delincuentes sexuales para profesiones de contacto con menores, por *Cristina Fernández-Pacheco Estrada* 46
- Derechos fundamentales afectados en el uso de confidentes policiales, por *Adrián Nicolás Marchal González*..... 64
- Una lectura del artículo 1 del Convenio contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, a la luz de la práctica de Comités Internacionales y la jurisprudencia de Tribunales internacionales, por *Antonio Muñoz Aunión y Glorimar Alejandra León Silva*..... 89
- Valor probatorio de la autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial, por *Francisco Muñoz Conde*..... 102
- La participación del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria, por *Fernando Navarro Cardoso*..... 116
- El primer paso fallido del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el pacto de estado contra la violencia de género, por *Nieves Sanz Mulas* 137
- Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 156
- Stalking: el delito de acoso de acecho o predatorio (art. 172 ter cp). Problemas de delimitación del tipo penal en España, por *Patricia Tapia Ballesteros* 172
- The Law in the Process of Economic Globalization: Imperialism and Colonization of Legal Systems, por *Yú Wang*..... 195
- Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos, por *Laura Zúñiga Rodríguez* 204

Sistemas penales comparados: Delitos contra la propiedad intelectual (Criminal Copyright infringement)..... 229

Jurisprudencia: La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”, por Francisco Muñoz Conde 290

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Morales (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jiajia Yu (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pino (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Lloyd y Theresa Griffiths (Estados Unidos)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Monica Roncati (Italia)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Sistemas nacionales de justicia, persecución de crímenes internacionales y principio de complementariedad. Especial referencia a algunas experiencias latinoamericanas

Kai Ambos / Gustavo Urquizo

Revista Penal, n.º 43. - Enero 2019

Ficha técnica

Autores: Kai Ambos / Gustavo Urquizo

Title: National justice systems, prosecution of international crimes and principle of complementarity. Special reference to some Latin American jurisdictions.

Adscripción institucional: Kai Ambos es Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg-August de Gotinga, Alemania, Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) en esa misma universidad; Juez del Tribunal Especial para Kosovo, La Haya, y *amicus curiae* de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Colombia; **Código ORCID:** 0000-0003-3597-2443

Gustavo Urquizo es LLM, doctorando y docente en la Georg-August Universität de Göttingen; investigador del CEDPAL.

Sumario: 1. Persecución de crímenes internacionales en Latinoamérica. A) La dimensión institucional. B) La dimensión estratégica. C) La dimensión jurídica. 2. Evaluación de la práctica del nivel nacional con respecto al principio de complementariedad. 3. Superación de las deficiencias identificadas y la genuinidad del compromiso con el sistema de justicia penal internacional. 4. Conclusión.

Summary: 1. Prosecution of international crimes in Latin America. A) Institutional issues. B) Strategic issues. C) Legal issues. 2. Assessment on the practice at national level in relation to the principle of complementarity. 3. Overcoming the identified shortcomings and genuine commitment to the international criminal justice system. 4. Conclusion.

Resumen: El presente artículo ofrece una reflexión sobre la relevancia de los sistemas nacionales de justicia para la persecución de crímenes internacionales, con base en la idea de la interrelación funcional de los niveles (nacional e internacional) del sistema de justicia penal internacional (“international criminal justice system”). En ese sentido, se analiza los principales desafíos enfrentados en tres países del ámbito latinoamericano (Argentina, Colombia, Perú). Con ello se procura mostrar los avances y las deficiencias fundamentales subsistentes en la región (v. *infra* 1). Seguidamente, se analiza la actividad nacional a la luz referencial de los criterios de la ausencia de voluntad y de capacidad en el marco del Art. 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). Si bien desde una perspectiva abstracta (v. *infra* 2) difícilmente podría predicarse de esos sistemas nacionales una ausencia de disposición o de capacidad, sin embargo, se deja constancia que una perspectiva *más concreta* podría dar lugar a la admisibilidad de determinados *casos*. Además de ello, se llama la atención acerca de que en el ámbito latinoamericano resulta de especial relevancia recordar que un compromiso genuino con el sistema de justicia penal internacional debería conducir a la intensificación de esfuerzos por superar las deficiencias advertidas en el nivel nacional antes que a la “promoción” o “favorecimiento” de la intervención del nivel internacional (v. *infra* 3).

Palabras clave: crímenes internacionales, principio de complementariedad, sistema de justicia penal internacional, función de persecución de base, función de persecución de cierre, Argentina, Colombia, Perú.

Abstract: The present article inquires the relevance of national justice systems with a view to the prosecution of international crimes. It starts from the assumption that there is a functional relationship between the different (national and international) levels of the international criminal justice system. It analyses the major challenges of three Latin American jurisdictions (Argentina, Colombia, Peru) demonstrating the advances achieved and the shortcomings still to be overcome (see *infra* 1). Then, the national criminal justice activity is examined in light of the criteria of unwillingness and inability of Article 17 of the Rome Statute of the International Criminal Court. While, from an *abstract* perspective, it is difficult to predict these criteria in the national systems, a more *concrete* perspective may give rise to the admissibility of certain *cases* (see *infra* 2). Finally, it is argued that, particularly in the Latin American context, a genuine commitment to the international criminal justice system rather entails the intensification of domestic efforts than a promotion or prioritisation of an international intervention (see *infra* 3).

Key words: international crimes, principle of complementarity, international criminal justice system, basic prosecution function, closing prosecution function, Argentina Colombia, Peru.

Observaciones: Los autores agradecen a Ezequiel Malarino y a Fernando Córdoba por la información brindada sobre la experiencia argentina así como a John Zuluaga, Gustavo Cote y a Diego Tarapués, por la información brindada sobre la experiencia colombiana.

Rec: 12-09-2018 **Fav:** 27-09-2018

1. Persecución de crímenes internacionales en Latinoamérica

Los contextos conflictivos surgidos en Latinoamérica durante diversos momentos históricos¹ y los numerosos crímenes internacionales perpetrados en ese marco plantearon un enorme reto para los sistemas nacionales de justicia de la región². Como es obvio, la diversidad de factores específicos involucrados en cada una de esas experiencias exige evitar una generalización demasiado simple de la problemática regional³. De hecho, ya solo la situación política doméstica impone la lectura individualizada de cada experiencia nacional, dada la relevancia que para la persecución nacional ostenta

la disputa por el poder protagonizada por los actores de cada conflicto. Así, por ejemplo, el impulso de la tarea de persecución en Argentina⁴ tuvo que enfrentar un escenario tal en el que tras la salida de la dictadura, el sector militar conservaba suficiente poder como para pretender asumir el juzgamiento de sus crímenes⁵ y alcanzar una exclusión de responsabilidad⁶. Por otro lado, en Perú, el ejercicio de esa dosis de poder se trasladó en gran medida a los espacios institucionales⁷, donde han visto su génesis buena parte de los obstáculos a la persecución penal de los crímenes internacionales⁸. A diferencia de estos dos países, en Colombia la situación está caracterizada por la necesidad de una superación

1 Genéricamente sobre la realidad socio-política subyacente a esos conflictos v. los análisis correspondientes a los países aquí abordados (y a otros países) contenidos en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 133 ss. (Argentina), p. 235 ss. (Colombia), p. 357 ss. (Perú).

2 Sobre esos conflictos y la actividad de persecución llevada a cabo en diversos países latinoamericanos v. AMBOS/MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 35 ss.

3 Con relación a las experiencias transicionales de los países latinoamericanos v. MALARINO, "Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas", en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), nota 1, p. 417.

4 Respecto al conflicto argentino, v. en general PARENTI/PELLEGRINI, "Argentina", en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), nota 1, p. 134 ss.

5 Cfr. PARENTI/PELLEGRINI, "Argentina", en AMBOS/MALARINO/ELSNER, nota 1, p. 136.

6 Si bien esa aspiración se apoyó en la Ley 22.294 (Ley de Pacificación Nacional, de 22.09.1983) emitida por Reynaldo Bignone, presidente de facto hasta la elección de Raúl Alfonsín en 1983, dicha ley terminó siendo derogada por el gobierno de este último. De todos modos, éste dictó las Leyes n° 23.492 conocida como "Ley de Punto Final" (sobre ésta v. AMBOS, *Impunidad y Derecho penal internacional*, 2° ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 148 ss.) y n° 23.521 conocida como "Ley de Obediencia Debida".

7 V. IDEHPUCP, *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú. Características y dificultades*, Lima: Idehpucp, 2006, p. 29 (con la nota 19); cfr. también MONTOYA VIVANCO, "Límites y avances de la justicia penal frente a las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el periodo de conflicto armado interno en el Perú", en QUINTEROS, (ed.), *Temas de Derecho Penal y violación de derechos humanos*, Lima: Idehpucp, 2012, p. 38.

8 Sobre el caso peruano v. MONTOYA VIVANCO, "Límites y avances de la justicia penal...", en QUINTEROS, nota 7, p. 30 ss.

definitiva del contexto conflictivo⁹ extendido por décadas y cohabitado hasta hace poco por diversos actores premunidos de cuotas relevantes de poder¹⁰. En términos generales la variación del espeso entramado de condiciones que definen el contexto político se refleja en la intensidad de la persecución penal y de los juicios, como muestra ya con claridad el caso argentino, en el cual la alteración de esas condiciones permitió transitar desde una situación de impunidad hacia una de persecución penal, que con el cambio reciente en el gobierno parecería haber visto sin embargo un cierto retroceso¹¹.

El contexto político doméstico también ha servido como criterio decisivo para la selección de Argentina, Colombia y Perú como los sistemas latinoamericanos de justicia aquí examinados. Pues esas tres diferentes situaciones —post-dictatorial (Argentina), post-conflicto (Perú) y transicional (Colombia)— permiten mostrar con notable pertinencia y cierta dosis de generalidad el funcionamiento de los sistemas de justicia ante condiciones diversas. En lo que sigue, serán examinadas distintas dimensiones de la persecución de crímenes internacionales llevada a cabo en esas jurisdicciones, con relación a las cuales se pretenderá dar cuenta de los principales avances y, sobre todo, de las deficiencias advertidas (v. *infra* 1.1 a 1.3). Seguidamente, y dejando de lado la exigencia de otras condiciones habilitantes de la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), se hará referencia a la valoración que ellas podrían recibir en el marco del juicio de complementariedad —que, por cierto, constituye un proceso continuo y permanente—, tomando en consideración

especialmente los criterios de la falta de disposición y de incapacidad de persecución (v. *infra* 2)¹².

A) La dimensión institucional

La dimensión institucional juega un rol esencial en la configuración de la persecución penal de crímenes internacionales en el ámbito latinoamericano. Pues ya sea mediante su generación o su aprovechamiento, el déficit institucional —una característica por demás extendida en la realidad latinoamericana¹³— se ha erigido en un *locus* privilegiado de las estrategias de impunidad. Así, en el caso argentino, la naturaleza misma del gobierno de facto llevó al copamiento de las instituciones militares¹⁴. Por eso, la pugna por el reconocimiento de la jurisdicción militar como jurisdicción genuina de la persecución de los crímenes¹⁵ admite ser presentada como una estrategia de impunidad diseñada y preparada por los agentes militares. En el caso peruano, donde el inicio de las investigaciones fue visiblemente afectado por el considerable déficit de *input* informativo resultante de la ocupación de diversas instituciones¹⁶ por parte de los (supuestos) autores, la aspiración a la impunidad mediante el aprovechamiento del debilitado aparato institucional también puede leerse como la razón privilegiada de la pugna por una jurisdicción más beneficiosa¹⁷. Ese telón de fondo político-institucional argentino y peruano revela el notable rol desempeñado por las comisiones de la verdad en la habilitación de la persecución de los crímenes en esos países. Tanto el informe de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (Conadep)¹⁸ argentina como el de la Co-

9 Cfr. APONTE, "Colombia", en AMBOS/MALARINO (eds.), nota 2, p. 201 y ss.

10 Sobre la situación colombiana v. APONTE, "Colombia", en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), nota 1, p. 241 y ss.

11 Cfr. PARENTI/PELLEGRINI, "Argentina", en AMBOS/MALARINO/ELSNER, nota 1, p. 135 y ss.; v también www.nytimes.com/2016/08/26/world/americas/argentina-trial-cordoba.html; www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-306576-2016-08-11.html [último acceso: 15 de junio de 2018].

12 V. al respecto v. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law, Vol. 3, International Criminal Procedure*, OUP 2016, pp. 271 s.; también, EL MISMO, "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)", *InDret* 2/2010, p. 4 y s.

13 Sobre el déficit institucional latinoamericano v. ya solo RAMÍO/SALVADOR, *Instituciones y nueva gestión pública en América Latina*, Barcelona: Hurope, 2005, p. 25 ss.; sobre el caso peruano MONTOYA, "Límites y avances de la justicia penal...", en QUINTEROS, nota 7, p. 22 y p. 25 ss.

14 Sobre la conservación de una cuota importante de poder por parte de los militares argentinos v. PARENTI/PELLEGRINI, "Argentina", en AMBOS/MALARINO/ELSNER, nota 1, p. 135; sobre el militarismo argentino v. SANCINETTI/FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos: la protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 79 ss.

15 Cfr. AMBOS, *Impunidad*, nota 6, pp. 215 ss.

16 MONTOYA, "Límites y avances de la justicia penal...", en QUINTEROS, nota 7, p. 25 ss.

17 V. MONTOYA, "Límites y avances de la justicia penal...", en QUINTEROS, nota 7, p. 45 (respecto a los esfuerzos por la recuperación de las instituciones v. p. 38). Cfr. también CARO CORIA, "Perú", en AMBOS/MALARINO (eds.), nota 2, p. 483.

18 Comisión Nacional sobre la desaparición de personas, creada por el Decreto presidencial N° 187 del 15.12.1983. Aunque en el caso argentino debe destacarse también el rol que jugaron los así denominados "juicios de la verdad": v. al respecto PARENTI, "Argentina", en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho penal internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2008, p. 63 y ss.

misión de la Verdad y Reconciliación (CVR)¹⁹ peruana representaron insumos trascendentales para la apertura de investigaciones y, por consiguiente, ayudaron a enfrentar el desafío planteado por el mencionado déficit informativo²⁰. Recientemente, en el marco del Acuerdo al que arribaron el gobierno nacional colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)²¹, se ha instaurado en Colombia²² la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV)²³.

Los efectos de la precariedad institucional no se restringen empero al inicio de la persecución sino que también se muestran en su continuación, es decir, durante el juicio mismo o incluso, de ser el caso, en la fase de impugnación de las decisiones allí emitidas. Por esa razón, por ejemplo, en el ámbito peruano el escaso nivel de coordinación inter-institucional entre el Ministerio Público y el Poder Judicial se tradujo en la generación de serias dificultades para la ejecución de las complejas tareas de investigación y de enjuiciamiento de los crímenes de estas dimensiones²⁴. Esa situación se

agrava si, además de los déficits *inter*-institucionales se tienen en cuenta las deficitarias condiciones *intra*-institucionales, tales como la ausencia de suficiente personal (especializado) o el limitado equipamiento de los órganos jurisdiccionales, sin mencionar ya problemas más graves como el de la corrupción en la administración de justicia²⁵.

Más aún, el déficit institucional también impacta negativamente en la propia persecución de los crímenes. Para ilustrar el punto con un ejemplo especialmente significativo: en el caso peruano no ha sido implementado hasta ahora un registro oficial completo en constante actualización y de acceso general (o al menos para los operadores) que permita conocer de un modo global el estado de las causas seguidas por crímenes internacionales²⁶. Sin desmerecer el trabajo de algunas instituciones no gubernamentales por informar el avance en la persecución de esos crímenes²⁷, es claro que ese esfuerzo no puede reemplazar la actuación del Estado. Como consecuencia de ello, resulta bastante difícil hacerse una representación completa del estado

19 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN NACIONAL, v. www.cverdad.org.pe [último acceso: 07.04.2018]. Al respecto v. CARO CORIA, "Perú", en AMBOS/MALARINO/ELSNER, nota 1, p. 370 s.

20 En general sobre las Comisiones de la Verdad v. AMBOS, "El marco jurídico de la justicia de transición", en AMBOS/MALARINO/ELSNER, (eds.), nota 1, p. 47 ss.

21 El texto del acuerdo es accesible en www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf [último acceso: 07.04.2018]

22 Con anterioridad a la CEV, en Colombia no había sido instaurada una comisión de la verdad similar a la argentina o peruana. Sobre el informe acerca de los hechos del Palacio de Justicia colombiano de 1985 cfr. APONTE, "Colombia", en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), nota 1, p. 244 s.; también IBÁÑEZ NAJAR, *Justicia Transicional y Comisiones de la Verdad*, 2ª ed., Madrid: Berg Institute, Otzenhausen: Europäische Akademie Otzenhausen, Bogotá: Justicia y Desarrollo Sostenible, 2017, 792 s. Los informes del Centro Nacional de Memoria Histórica, creado por la Ley 1448 de 2011, son accesibles en www.centrodememoriahistorica.gov.co/informes [último acceso: 07.04.2018].

23 Sobre la naturaleza de la CEV y sus objetivos generales v. los Art. trans. 2 y 4 del Cap. II del Acto Legislativo nº 01/2017. El proceso de selección de los comisionados ha culminado con la designación de Francisco de Roux Rengifo como su presidente, v. al respecto el Comunicado nº 29 del Comité de Escogencia (accesible en: www.comitedeescogencia.com/resource/1513683370000/CE_comunicados_5/COMUNICADO_LISTA_SELECCIONADOS_CEV.pdf [último acceso: 07.04.2018]).

24 V. al respecto en el ámbito peruano DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial nº 162: "A diez años de verdad, justicia y reparación. Avances, retrocesos y desafíos de un proceso inconcluso"*, (agosto de 2013), p. 96 y ss. (accesible en: www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/INFORME-DEFENSORIAL-162.pdf) [último acceso 07.04.2018]. Sin embargo hay que mencionar que en el ámbito peruano se ha intentado instaurar un subsistema especializado en derechos humanos, constituido por un conjunto de órganos del Poder Judicial y del Ministerio Público, v. IDEHPUCP, *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú*, nota 7, p. 29 ss.

25 V. respecto al caso peruano DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial nº 162*, nota 24, p. 110. Sobre la existencia de falencias en el marco de la coordinación interinstitucional e intrainstitucional en el ámbito colombiano v. AMBOS ET AL., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, Bogotá: Temis, 2010, p. 135, y p. 216 s. (sobre la necesidad de su mejoría formulada como recomendación). En el ámbito argentino v. CENTRO DE INFORMACIÓN JUDICIAL (CIJ), *Delitos de lesa humanidad. Informe sobre la evolución de las causas*, (actualizado a julio de 2016), p. 8 ss., accesible en: www.cij.gov.ar/lesa-humanidad.html [último acceso: 07.04.2018].

26 Esta deficiencia ya había sido puesta de manifiesto en el citado Informe Defensorial nº 162 v. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial nº 162*, nota 24, p. 114. Resaltando la importancia del Informe Defensorial nº 77 en la detección de los problemas de la justicia penal en la investigación, juzgamiento y sanción de violaciones de derechos humanos v. MONTOYA VIVANCO, "Límites y avances de la justicia penal ...", en QUINTEROS, nota 7, p. 40.

27 Véase a este respecto, IDEHPUCP, *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú*, nota 7, *passim*.

de la persecución de los crímenes internacionales²⁸. De ese modo, una idea integral sobre la capacidad de rendimiento del sistema se vuelve inviable y, por lo mismo, se obstaculiza ostensiblemente la corrección de sus vacíos. Un problema similar se presenta en Colombia, país en el que, hasta donde se sabe, tampoco existe un registro oficial que muestre integralmente las investigaciones y/o los procesos abiertos por causa de crímenes internacionales²⁹. Esta y otras carencias hallan su razón privilegiada en la precariedad institucional subsistente en estos y otros estados latinoamericanos, una circunstancia que, por cierto, resulta poco sorprendente para un observador familiarizado con la realidad social regional. Con ese escenario como trasfondo, ha de mencionarse como excepción destacable al ámbito argentino en donde han sido emitidos informes por medio de los cuales se pretende dar cuenta de las causas concretas relacionadas con crímenes internacionales así como de valiosas estadísticas referidas a su persecución³⁰.

Finalmente, en un nivel más general no ha de olvidarse el factor de riesgo latente que representa la mencionada precariedad institucional para la investigación y persecución (de cualquier crimen). Pues, en definitiva, ese contexto deficitario, por así decirlo, termina dejan-

do la “mesa servida” para que los actores del conflicto o de fuerzas políticas afines a éstos activen estrategias motivadas en la búsqueda de impunidad. Esto, por cierto, cobra un especial riesgo si se tiene en consideración el particular contexto histórico latinoamericano, marcado por una cierta inestabilidad política³¹.

B) La dimensión estratégica

En la especial complejidad de la investigación y persecución de los crímenes internacionales se halla implícita la cuestión acerca de la necesidad de una estrategia basada en los criterios de selección y priorización de casos (dimensión estratégica) desarrollados en el nivel internacional³². En el ámbito latinoamericano, esa cuestión ha sido abordada de un modo notablemente diverso. De cualquier forma, como muestra la experiencia de los países aquí examinados, el anuncio de una estrategia de persecución no debe ser confundido con su implementación efectiva, pues esto requiere una correspondencia coherente y planificada entre la persecución llevada a cabo de modo efectivo y los objetivos más urgentes y principales de la política criminal que subyacen a esa persecución³³.

28 “Este instrumento [base de datos] permitiría conocer el número de investigaciones y procesos judiciales (carga procesal), número de víctimas y procesados (complejidad), lugares donde ocurrieron los hechos (accesibilidad) o si las investigaciones están relacionadas con fosas comunes. Con ello sería posible supervisar y monitorear el proceso de judicialización, y a su vez, identificar aquellas instancias que requieren mayor apoyo logístico y de personal, entre otras ventajas”, v. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial n° 162*, nota 24, p. 114.

29 Una visión parcial puede obtenerse en la web de las Salas de Justicia y Paz (accesible en www.ramajudicial.gov.co/portal/inicio/mapa/salas-de-justicia-y-paz) [último acceso: 07.04.2018] aunque solo respecto al procedimiento especial de la Ley 975. Sin embargo, aún queda por ver la forma en la que la información de la persecución llevada a cabo y presentada en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), creada en el marco del denominado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRN), contribuirá a superar esa deficiencia.

30 V. ya solo los informes PROCURADURÍA DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD, “Informe estadístico sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina” (2017) y PROCURADURÍA DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD, “Crímenes de lesa humanidad en Argentina” (2016) [ambos informes son accesibles en www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/?tipo-entrada=informes; último acceso: 07.04.2018]. Además de ello, vale la pena resaltar la disposición de un sistema de información sobre los procesos accesible en la web del CIJ bajo la siguiente dirección: www.cij.gov.ar/lesa-humanidad.html [último acceso: 07.04.2018]. V. CIJ, *Delitos de lesa humanidad*, nota 25, p. 11 ss. (destacando la importancia del acceso a esa clase de información).

31 Genéricamente sobre esta circunstancia (aunque con relación a sus efectos para la comprensión de la institución del asilo) v. AMBOS, “El caso de Julian Assange: orden de detención europea versus asilo diplomático”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Vol. LXV (2012), p. 75. Recientemente se ha hecho referencia a esta circunstancia, por ejemplo, como la posible razón de la concesión del indulto a Fujimori, cfr. AMBOS/URQUIZO, Indulto a Fujimori: Algunas consideraciones críticas”, en *La Ley*, 3.01.2018, (accesible en <http://aley.pe/not/4564/indulto-para-el-ex-presidente-fujimori-algunas-consideraciones-criticas/> [último acceso 07.04.2018]).

32 Sobre la relevancia de los mecanismos de selección v. AMBOS, “The International Criminal Justice System and Prosecutorial Selection Policy”, en ACKERMANN/AMBOS/SIKIRIC (eds.), *Festschrift für Mirjan Damaska*, Berlin: Duncker & Humboldt, 2016, 33 s. (con especial referencia a la CPI); AMBOS, “Introducción y resumen comparativo”, en AMBOS (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá: Profis, 2011, p. 9 y ss. (“La necesidad de desarrollar y aplicar criterios y mecanismos de selección es aún más importante en procesos de paz o de transición donde el sistema penal está llamado a resolver casos criminales que en términos cuantitativos y cualitativos, por la naturaleza de los hechos y los responsables, muchas veces superan los problemas de un proceso penal ‘ordinario’”); sobre los criterios para la selección y asignación de prioridad, v. BERGSMO/SAFFON, “Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?”, en AMBOS (coord.), *Selección y priorización...*, nota 32, p. 23 ss. Ver también AMBOS, *Treatise III*, nota 12, pp. 376 ss.

33 Genéricamente respecto a la necesidad de la elaboración de una estrategia global de investigación y un proceso de selección de casos (aunque referido al caso colombiano) v. AMBOS ET AL, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, 213-4 (párr. 413-

En términos concretos, en el caso *argentino* es posible dar cuenta de un proceso de disolución del enfoque de la persecución. Pues la orientación inicial hacia “los cuadros más comprometidos con el diseño y el impulso del plan represivo”³⁴ y hacia los autores de hechos excesivos³⁵ fue desvaneciéndose hasta transformarse en una persecución alejada de ese enfoque inicial³⁶ y extendida más bien a todos los presuntos responsables, independientemente de su condición o jerarquía. De cualquier modo, ese proceso no ha impedido que se haya llevado a cabo una persecución en casos emblemáticos y/o contra personas de especial relevancia en el contexto del conflicto político que allí ha tenido lugar³⁷.

En cambio, en el caso de Colombia ha tenido lugar el proceso inverso³⁸. Pues la situación inicial, ayuna de una estrategia predeterminada, ha cedido el paso a la discusión sobre la conveniencia de su adopción³⁹. El punto más álgido de esa tematización se ha alcanzado ciertamente con el debate sobre los criterios de selección y priorización previstos en el denominado Marco Jurídico para la Paz (MJP)⁴⁰. De cualquier forma, un análisis preliminar sobre ese planteamiento sugiere que las implicancias prácticas de los criterios previstos en la definición de la estrategia resultan al menos confusas⁴¹. Por lo tanto, no es sencillo pronosticar si su aplicación llegará a obtener los resultados deseados y

4); también AMBOS, “The International Criminal Justice System and Prosecutorial Selection Policy”, en ACKERMANN/AMBOS/SIKIRIC, nota 32, 35 ss. (con especial referencia a la CPI: “the rational, fair and transparent selection and prioritization of cases, accompanied by a coherent prosecution strategy, turns out to be of utmost importance for the success and legitimacy of any international criminal tribunal, especially the ICC [...]”).

34 V. PARENTI/PELLEGRINI, “Argentina”, en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), nota 1, p. 136; v. también NINO, *Juicio al mal absoluto* (trad. de M. Böhmer), 2º ed., Buenos Aires: 2006, p. 174 ss., GIL LAVEDRA, “Justicia transicional en Argentina: el papel de los tribunales penales”, en ALMQSVIT/ESPÓSITO (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 44 (con nota 2).

35 V. PARENTI/PELLEGRINI, “Argentina”, en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), nota 1, p. 136 s., quienes dividen la experiencia argentina en tres etapas: i) etapa de persecución penal limitada, ii) etapa de la impunidad y, iii) etapa de erosión de la impunidad. En la primera de ellas “...se organizó la persecución penal de acuerdo con un esquema definido por el gobierno del presidente Raúl Alfonsín, cuyos rasgos centrales fueron: a) la distinción entre ‘tres niveles de responsabilidad’; b) la idea de ‘autodepuración’ de las fuerzas armadas, y c) la idea de concluir los juicios en un tiempo relativamente breve”, v. también PARENTI/POLACO, “Argentina”, en AMBOS (coord.), nota 32, p. 131 (“etapa inicial —que tuvo lugar apenas caída la dictadura— de sometimiento a juicio de los máximos responsables del terrorismo de Estado, seguida de un período de inacción judicial casi absoluta, y finalmente una fase de reactivación, aún en desarrollo, y con pretensiones de consolidación.”).

36 Sobre la influencia de las condiciones propias del ordenamiento jurídico argentino en este ámbito v. PARENTI/POLACO, “Argentina”, en AMBOS (coord.), nota 32, p. 133 ss.

37 Respecto a ello como elemento de base de una estrategia global v. AMBOS, “Introducción y resumen comparativo...”, nota 32, p. 10.

38 Sobre la situación colombiana v. AMBOS ET AL, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, p. XX, EL MISMO, “Introducción y resumen comparativo...”, nota 32, p. 10.

39 Afirmando la necesidad de una estrategia en el ámbito colombiano (con respecto a la Ley N° 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz) v. AMBOS ET AL, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, p. XX, e insistiendo en esa recomendación, EL MISMO, “Introducción y resumen comparativo...”, nota 32, p. 10 (sobre los criterios de tipo objetivo/subjetivo y jurídico/político que en su totalidad constituyen la base de una estrategia global y que son extraídas de diversas experiencias internacionales, entre ellas la argentina, v., muy resumidamente, p. 10 s.). Al respecto v. también APONTE CARDONA, “La priorización como estrategia de reducción de complejidad: un ensayo de interpretación”, en FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (FGN), *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá: FGN, 2013, p. 24 ss. y ZULUAGA, “Alcance del artículo 1º inciso 4º del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en AMBOS (coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá: Temis, 2014, p. 168 ss. Respecto a la cuestión estratégica en el contexto del Proceso Especial de Justicia y Paz v. FORER/LÓPEZ DÍAZ, “Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia”, en AMBOS (coord.), nota 32, p. 229 ss.

40 Al respecto v. Art. 1 del Acto Legislativo (AL) n° 01 de 31/07/2012 (Marco Jurídico para la Paz [MJP]). Sobre el MJP remitimos a AMBOS/ZULUAGA, “Justicia de Transición y Constitución. A manera de introducción”; en AMBOS (coord.), nota 39, p. 1 ss. (sobre el extremo de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional referido a este punto del MJP v. p. 13 ss.); además v. AMBOS/ZULUAGA, “La ‘nueva’ política de selección y priorización procesal penal en Colombia”, disponible en www.inej.edu.ni/novedades/la-%E2%80%9Cnueva%E2%80%9D-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombiapor-kai-ambos-y-john-zuluaga-3559.html [último acceso: 10.01.2018]; también COTE/TARAPUÉS, “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013”, en AMBOS (coord.), nota 39, p. 198, quienes resaltan el reconocimiento en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana de que la “obligación del Estado de investigar y sancionar penalmente los hechos de violencia perpetrados en el contexto del conflicto armado tiene límites fácticos...”, p. 201.

41 Cfr. COTE/TARAPUÉS, “El marco jurídico para la paz ...”, en AMBOS (coord.), nota 39, p. 198 (“... a pesar de que la Corte Constitucional reconoce la imposibilidad de cumplir de manera absoluta con la obligación de investigar y sancionar, no logra desprenderse del todo de una visión maximalista de la persecución penal en la que los derechos de las víctimas no admiten límites”).

garantizará una mínima eficiencia⁴² (la cual constituye el elemento esencial de toda persecución *estratégica* y que precisamente la distingue de una mera persecución *no estratégica*). De todos modos, en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No-Repetición (SIV-JRNR) —creado a raíz del acuerdo de paz entre el gobierno colombiano y las FARC-EP de 24 de noviembre de 2016— que cuenta con una compleja estructura de justicia⁴³, también se consigna una referencia a criterios de priorización para las labores de dos de las Salas de Justicia⁴⁴.

Con todo, el otro extremo de la actitud frente a la cuestión estaría ocupado por Perú, país en el que, de acuerdo con la información disponible, una estrategia de persecución de crímenes internacionales basada en esos criterios de selección y priorización parece no haber sido anunciada ni siquiera formalmente. De hecho, la tematización de este punto se hace extrañar incluso en la discusión académica⁴⁵. Ello, a pesar de que la especialmente precaria situación institucional peruana, solo esbozada precedentemente, exigiría justamente su discusión e implementación. Es claro que el intento de acondicionamiento de los órganos de persecución penal realizado en ese país y consistente en encargar la persecución y enjuiciamiento de los crímenes a órganos especializados⁴⁶, resulta insuficiente para hablar de la existencia de una estrategia, aun cuando desde una perspectiva operativa ello podría representar una gran ayuda para su ejecución. De cualquier forma, esa carencia no ha impedido que en el caso peruano haya tenido lugar el juzgamiento de casos emblemáticos y de

actores con notable relevancia en el marco de su contexto conflictivo.

C) La dimensión jurídica

Naturalmente, la persecución de crímenes internacionales por parte de los sistemas nacionales de justicia aquí analizados —y los latinoamericanos en general— también ha afrontado numerosos desafíos jurídicos (dimensión jurídica). El desenlace de esa confrontación se ha ido plasmando en una jurisprudencia que se ha reproducido formidablemente en los últimos años⁴⁷. Por razones de espacio, aquí solo podemos hacer referencia a dos de los desafíos más importantes. En principio, como ya se había constatado hace algún tiempo, uno de los problemas más relevantes guardaba relación con una carencia de normas de derecho penal internacional en los ordenamientos internos⁴⁸. No obstante, también se había comprobado que junto a la aplicación de las normas de derecho penal clásico disponibles en los respectivos países, los tribunales latinoamericanos empezaban a aplicar normas del derecho internacional —en algunos casos ya pertenecientes al derecho interno⁴⁹— para calificar los hechos como crímenes internacionales nucleares o, más específicamente, como crímenes de lesa humanidad. El mecanismo utilizado por los tribunales latinoamericanos para lograr esa tarea puede describirse como una “articulación normativa” basada en una “doble subsunción”, la cual consiste en una subsunción *primaria* de tipificación y sanción bajo las leyes nacionales y una subsunción *secundaria* que conduce a una calificación de los hechos como crímenes

42 V. al respecto AMBOS/ZULUAGA, “Justicia de Transición y Constitución”, en AMBOS (coord.), nota 39, p. 15 ss.; también COTE/TARAPUÉS, “El marco jurídico para la paz...”, en AMBOS (coord.), nota 39, p. 197 ss.

43 De acuerdo con el Art. trans. 7 AL 01/2017, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) cuenta con el Tribunal para la Paz y tres Salas de Justicia, a saber, la *Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas*, la *Sala de Definición de la Situaciones Jurídicas* y la *Sala de Amnistía o Indulto*.

44 Estas son la *Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas* y la *Sala de Definición de la Situaciones Jurídicas* que, según el Art. trans. 7 del AL 01/2017, “desarrollarán su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos...”.

45 Por ejemplo en MONTROYA VIVANCO, “Límites y avances de la justicia penal...”, nota 7, p. 21 ss.; CARO CORIA, “Perú”, en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), nota 1, p. 357 ss. y CARO CORIA, “Perú”, en AMBOS/MALARINO (eds.), nota 2, p. 447 ss.

46 V. al respecto DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial n° 162*, nota 24, p. 96 ss., señalando la carencia de un diseño previo como una de las primeras dificultades detectadas para la implementación de instancias especializadas y la conformación de un subsistema con las características específicas que ello exige.

47 A diferencia de algunos años en la actualidad ya no puede decirse que la jurisprudencia latinoamericana sea escasa v. MALARINO, “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional”, en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), nota 18, p. 421. Esta conclusión difiere de aquella a la que se había arribado cinco años antes en AMBOS/MALARINO, nota 2, p. 584. También hace referencia a la hoy por hoy significativa jurisprudencia latinoamericana sobre el particular SALAZAR/MEDELLÍN, “Introducción”, en FDPL, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington: 2009, p. XX.

48 Sobre ese problema v. AMBOS/MALARINO, “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares”, en AMBOS/MALARINO (eds.), nota 2, p. 580.

49 V. MALARINO, “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional” en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), (nota 18), 442, en general 421 ss. (citando casos de diversos países, entre ellos los aquí analizados).

internacionales⁵⁰. De esa forma se alcanzaban consecuencias que de lo contrario permanecían vedadas por el derecho doméstico⁵¹. En lo esencial, las consecuencias habilitadas por ese procedimiento de los tribunales giraban en torno a cuestiones tales como la inaplicación de la prescripción, de indultos y amnistías, del *ne bis in idem*, así como al alcance del principio de legalidad, etc⁵². A este respecto, la jurisprudencia de los últi-

mos años correspondiente a los países aquí analizados muestra que esa tendencia sigue estando vigente⁵³. Ello describe sin duda una receptividad a la persecución de los crímenes, en lo cual hay que reconocer además la decisiva influencia que ha jugado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)⁵⁴.

50 MALARINO, "Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional" en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), (nota 18), p. 444 ("subsunción primaria de tipificación y sanción por las leyes locales y ... subsunción secundaria de cualificación por las leyes internacionales", resaltado en el orig.); quien además se muestra especialmente crítico en relación con el recurso al derecho internacional consuetudinario para la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad ("no hay certeza sobre cuáles son sus elementos constitutivos", p. 445).

51 MALARINO, "Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional", en AMBOS/MALARINO/ELSNER, nota 18, p. 421 y ss. y p. 442.

52 Lo que incluso ha llevado a afirmar que se habría originado algo así como un "derecho penal diferenciado para las violaciones de derechos humanos", v. MALARINO, "Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional", en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), nota 18, p. 443.

53 Por ejemplo, en el ámbito peruano v. ya solo la sentencia del caso *Accomarca* (Sala Penal Nacional, Exp. n.º 36-05, de 31/08/2016, considerando [cons.] centésimo décimo), accesible en: https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2708a9804e210be3b43ef448a12af05b/SENTENCIA_ACOMARCA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2708a9804e210be3b43ef448a12af05b [último acceso: 07. 04.2018]; también véase la sentencia contra Alberto Fujimori en los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta*: (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia [CSJ], Expediente [Exp.]. n.º A.V. 19-2001, de 7. 4.2009, cons. 710 y ss.), disponible en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf [último acceso: 07.04.2018]; confirmada por la Ejecutoria de la Primera Sala Penal Transitoria de la CSJ, de 30.12.2009, disponible en: www.justiciaviva.org.pe/especiales/barrios-altos/43.pdf [último acceso: 07.04.2018]. En el ámbito argentino véase la sentencia en la causa n.º 2251/06, Sentencia contra Etchecolatz, accesible en www.asisepublico.com/wp-content/uploads/Fallo-Completo-ETCHECOLATZ.pdf [último acceso: 07.04.2018] y también la Res. en la causa n.º 7896 (Etchecolatz, Miguel Osvaldo, Recurso de casación e inconstitucionalidad), así como el fallo de la Corte Suprema argentina en la causa "Simón, Julio Héctor s/privación ilegítima de la libertad", etc., causa n.º 17.768, de 14.06. 2005, accesible en http://www.desaparecidos.org/huncamas/web/juicios/argentin/ctesupr_20050614b.htm [último acceso: 20.06.2018]. Para la cuestión de la amnistía (sobre los casos peruano y argentino) v. AMBOS, "El marco jurídico de la justicia de transición", en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.), nota 1, p. 67 y ss. (con nota al pie 251).

54 Por ejemplo, v. ya solo recientemente en el ámbito peruano la sentencia del caso *Accomarca*, nota 53, cons. cuadragésimo quinto, y también v. sentencia del caso *Los Cabitos*, Sentencia Exp. n.º 35-2006, (Dir. Ricardo Brousset Salas) del 18.08.2017, cons. cuadragésimo cuarto. Sobre diversos casos en el ámbito latinoamericano en los que se apreciaría ese rol de la Corte IDH v. MALARINO, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en AMBOS/MALARINO/WOISCHNIK (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2010, p. 27 (con nota 9); respecto al caso peruano v. solo MONTOYA VIVANCO, "Límites y avances de la justicia penal...", nota 7, p. 43 ss.; con relación a Colombia, v. GÓMEZ MÉNDEZ, *Verdad, justicia y reparación. Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006, p 49 ss. De cualquier forma, ese rol ha sido especialmente relevante en el contexto de la resistencia a los mecanismos normativos de impunidad como las amnistías (por ejemplo, en el caso de las famosas leyes peruanas de amnistía N.º 26479 y N.º 26492, v. al respecto solo *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C n.º 75, párr. 41, disponible en

www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf [último acceso: 25.06.2018]). Aunque en la actualidad el recurso a tales mecanismos ha perdido fuerza, precisamente por el desarrollo del derecho de los derechos humanos en la región, hay al menos dos casos actuales que pueden citarse brevemente en el marco de los países aquí analizados: i) por un lado, en Colombia la Ley 1820 de 2016 (Ley de Amnistía) que, en principio, se atiene a los estándares del derecho (penal) internacional (v. al respecto AMBOS, "La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional", en AMBOS/CORTÉS/ZULUAGA (coords.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Bogotá: Siglo del Hombre, 2018, p. 119 y ss.), ii) por otro lado, en Perú, la concesión de un indulto a favor del ex presidente Fujimori (en combinación con una gracia presidencial, por medio de la cual se pretendía liberarlo de sus procesos pendientes), que por el contrario ha sido criticada y se encuentra al menos bajo sospecha de constituir en el fondo una exención de responsabilidad no legítima (v. AMBOS/URQUIZO, *Indulto a Fujimori...*, nota 31). Entretanto, la decisión que concede el indulto (y la gracia presidencial) a Fujimori ha dado lugar a dos importantes resoluciones: i) una resolución proveniente del ámbito doméstico peruano declarando que el derecho de gracia dictado a favor de Fujimori (que pretendía excluirlo de los procesos penales pendientes contra él) "carece de efectos jurídicos" para el caso "Pativilca". Fujimori, por lo tanto, sigue estando sometido a ese proceso (v. SALA PENAL NACIONAL, Resolución 039 de 9.02.2018, recaída en el Exp. n.º 00649-2011-0-5001-JR-PE-03, p. 107, punto 1 de la parte resolutoria; accesible en www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/68d8e4004482e6c9aa65fa01a4a5d4c4/Exp.+649-2011-0-J_Caso+PATIVILCA_Resol.+39.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=68d8e4004482e6c9aa65fa01a4a5d4c4 [último acceso: 23.06.2018]); ii) una resolución de la CorteIDH que ha encargado a la jurisdicción constitucional peruana el control del "indulto humanitario" concedido a Fujimori. De acuerdo con la CorteIDH, al llevar a

Otro de los grandes desafíos jurídicos de las jurisdicciones latinoamericanas (también el de los países aquí analizados) ha estado representado por la definición del *título de participación* de los agentes en casos en los que, como es usual en este tipo de criminalidad, concurren una pluralidad de intervinientes. En líneas generales, hay que llamar la atención sobre el evidente protagonismo adquirido aquí por la teoría alemana de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder (*mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate*), desarrollada por el eminente penalista alemán Claus Roxin⁵⁵. En el ámbito *argentino*, ella fue invocada en el célebre y pionero proceso contra los líderes de las Juntas Militares, que tuvo lugar en

los años ochenta del siglo pasado⁵⁶. Por su parte, en *Perú* se ha recurrido a dicha teoría para fundamentar la responsabilidad como autores (mediatos) de crímenes internacionales tanto de Alberto Fujimori⁵⁷, el ex presidente peruano, como de Abimael Guzmán⁵⁸, el líder de la agrupación terrorista Sendero Luminoso. Además de ello, en este país la teoría ha sido utilizada más recientemente para otros casos relevantes⁵⁹. En cambio, en el ámbito *colombiano* la aplicación de la autoría mediata por dominio de la organización encontró una cierta resistencia y su protagonismo fue impugnado, sobre todo, mediante la invocación del argumento de que el texto del Código Penal colombiano no admitiría explícitamente esa clase de autoría mediata⁶⁰. De todos

cabo dicho control la jurisdicción peruana debe tener en cuenta los estándares identificados por la propia Corte en su resolución (v. considerando 45 a 58; entre ellos: la tendencia que existiría en el ámbito internacional a limitar el perdón o extinción de condenas por graves violaciones a los derechos humanos a través de decisiones discrecionales de los Poderes Ejecutivo o Legislativo, por lo cual en la evaluación ha de analizarse si el indulto supone una afectación innecesaria y desproporcionada del derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares en relación con la proporcionalidad de la pena y su ejecución; v. considerando 45) así como hacerse cargo de los diversos cuestionamientos relacionados con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico peruano para la concesión del indulto (mencionados en el considerando 69, entre ellos, la objetividad de la Junta Médica Penitenciaria que evaluó a Alberto Fujimori y deficiencias en la motivación de la Resolución que concedió el indulto). Finalmente, la CorteIDH ha solicitado que información sobre los avances de ese control por parte de la justicia peruana le sea remitida para el próximo 29.10.2018 (v. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar. Resolución de la Corte IDH de 30 de mayo de 2018 accesible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/barriosaltos_lacantuta_30_05_18.pdf [último acceso: 23.06.2018]).

55 Sobre esta teoría v. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., Berlin; Boston: De Gruyter, 2015, pp. 242 ss.; EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (AT), Tomo II, München: Verlag C.H. Beck, 2003, § 25, nm. 105 ss., p. 46 ss.; AMBOS, "Zur ‚Organisation‘ bei der Organisationsherrschaft", en HEINRICH/JÄGER [y otros](eds.), *Strafrecht als scientia universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin: de Gruyter, 2011, p. 841 ss.; un buen panorama sobre la teoría en WEIGEND, "Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept", en *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* 9, (2011), p. 94 ss.; sobre el reconocimiento de la teoría en el ámbito español y latinoamericano v. MUÑOZ CONDE/OLÁSOLA, "The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain", en *JICJ* 9, (2011), p. 113 ss.

56 V. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sentencia en la Causa 13/84, de 9.12.1985, cons. sétimo, accesible en https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/2/29/Causa_13_Sentencia.pdf [último acceso: 07.04.2018] y además v. CORTE SUPREMA, Sentencia de 30.12.1986. De todos modos, ha de tenerse en cuenta que si bien tanto la Cámara Nacional de Apelaciones como la Corte Suprema valoraron el comportamiento de los procesados como autores mediatos, sin embargo, al final resultaron condenados como cooperadores necesarios, v. sobre ello AMBOS, "Täterschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)* (1998), p. 238 s. [versión en español: AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 39 ss.]. Más recientemente, v. la sentencia en la causa n.º 2251/06, Sentencia contra Etchecolatz, accesible en: www.derechos.org/nizkor/arg/ley/etche.html [último acceso: 07.04.2018].

57 V. Exp. n.º A.V. 19-2001, nota 53, cons. 718 ss. Sobre el caso Fujimori v. las contribuciones de Rotsch, Ambos, Roxin, Schroeder, Jakobs, Herzberg, Caro Coria, García Cavero, Meini, Pariona Arana y van der Wilt, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 11/2009, p. 549 ss. (accesible en www.zis-online.com); también en AMBOS/MEINI, *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Ara: Lima, 2010; además AMBOS, "The Fujimori Judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus" en *JICJ*, 9 (2011), p. 145 ss.

58 V. Sentencia del Exp. Acumulado n.º 560-03, de 13.10.2006, cons. décimo tercero, *Caso Abimael Guzmán Reinoso* y otros, accesible en: www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/GuzmanReinoso_Decision_13-10-2006.pdf [último acceso: 15.01.2018]. Dicha sentencia fue confirmada por la CSJ a través del R.N. n.º 5385-2006, Segunda Sala Penal Transitoria, Lima, de 26/11/2007, accesible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20080616_33.pdf [último acceso: 07.04.2018].

59 Por ejemplo, en la sentencia del caso *Accomarca*, nota 53, cons. cuadragésimo noveno; más recientemente en el caso *Los Cabitos*, nota 54, cons. cuadragésimo noveno.

60 Código Penal colombiano: Artículo 29: "Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento." En la literatura, cfr. APONTE, "Colombia", en AMBOS/MALARINO/ELSNER, nota 18, p. 200 y ss.; EL MISMO, *Persecución penal de crímenes internacionales: Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Bogotá: Ibáñez, 2010, p. 238 ss. Sobre el rechazo de la posibilidad de aplicación de la teoría con base en el texto del Art. 29 del CP colombiano v. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General* (PG), Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, p. 586; en el mismo sentido

modos, ello no ha impedido que dicha teoría haya terminado siendo aplicada en algunos casos⁶¹.

2. Evaluación de la práctica del nivel nacional con respecto al principio de complementariedad

La persecución de los crímenes internacionales opera en un nivel nacional e internacional. Dado que el sistema de justicia penal internacional está conformado por ambos niveles⁶², la posibilidad de una persecución integral depende de la interacción y complementación coherente⁶³ de esos niveles. La función de esos niveles individuales no se agota empero en su relación con el sistema global (relación del nivel nacional o del nivel internacional con el sistema de justicia penal internacional), pues al interior de éste también tiene lugar una relación recíproca entre ellos (relación entre el nivel nacional y el nivel internacional). Formulando esa rela-

ción de un modo más descriptivo: mientras que el nivel nacional debe cargar con una “función de persecución *de base*”, el nivel internacional debe procurar superar por medio de su “función de persecución *de cierre*” la situación de impunidad eventualmente dejada por el respectivo sistema doméstico⁶⁴. Tal interacción entre niveles deja expuesto el ámbito funcional de la complementariedad⁶⁵ y, al mismo tiempo, ofrece la clave para la definición de la genuinidad del compromiso con el sistema de justicia penal internacional y con sus respectivos niveles (volveremos sobre esto v. *infra* 3).

La complementariedad, como se sabe, implica la cuestión de la posibilidad o la disposición (voluntad) de un sistema nacional para hacerse cargo adecuadamente de la investigación y persecución de los crímenes, es decir, de llevar su “función de base” a una dimensión práctica⁶⁶. La respuesta a esa cuestión adquiere una connotación especial ante las peculiares características

v. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal*. PG, vol. 2, Bogotá: Ibáñez, 2012, p. 847 (“...dificilmente compatilizable (sic) en Colombia con el tenor literal del artículo 29-1 del C.P....”) y además HERNÁNDEZ ESQUIVEI, Alberto, “Lección 16: Autoría y participación”, en URBANO MARTÍNEZ ET AL, *Lecciones de Derecho Penal*. PG, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, p. 278 (“...no aplicable en nuestro Código”). Sobre la paulatina aplicación de la tesis de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder v. referencialmente ARANA, *La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin y su aplicación en Colombia*, p. 45 ss., disponible en www.bdigital.unal.edu.co/39870/1/80244643.2014.pdf (último acceso: 07.04.2018).

61 V. ya solo CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal, (32805) Sentencia contra Álvaro Alfonso García Romero, de 23.02.2010, p. 79 o la sentencia contra Luis Alfonso Plazas Vega emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, de 9.6.2010, v. especialmente punto 6.3.3. “Responsabilidad” (p. 246 ss.). (accesible en www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/239_fallo%201%20insta%20%20Plazas%20Vega.pdf; [último acceso: 07.04.2018], la cual fue confirmada parcialmente por la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 30.01.2012, v. sobre todo p. 598 ss., accesible en www.ambitojuridico.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/sent-11001070400320080002509-12.pdf [último acceso: 07.04.2018]. Sin embargo, esta decisión fue dejada sin efecto: v. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema SP 17466-2015 de 16.12.2015, p. 352 ss. (aunque invocando la ausencia de “certeza acerca de la responsabilidad penal del acusado”). p. 355, accesible en www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2015/12/Sentencia-coronel-Luis-Alfonzo-Plazas-Vega.pdf [último acceso: 07.04.2018]). V. también la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, de 16.12.2011 contra Freddy Rendón Herrera (Radicación: 110016000253200782701), párr. 705 ss., accesible en: www.ictj.org/sites/default/files/subsites/ictj/docs/Sentencias_Justicia-y-Paz/2011.PrimeraInstancia.FredyRendon.pdf [último acceso: 07.04.2018]. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema colombiana (Segunda Instancia 38222 Fredy Rendón Herrera), accesible en: www.ictj.org/sites/default/files/subsites/ictj/docs/Sentencias_Justicia-y-Paz/2012.SegundaInstancia.FredyRendonHerrera.pdf [último acceso: 07.04.2018]. En la literatura v. MUÑOZ CONDE/OLÁSOLO, *JICJ* 9, (2011), p. 124 ss.

62 AMBOS, “The International Criminal Justice System and Prosecutorial and Prosecutorial Selection Policy”, en ACKERMAN/AMBOS/SIKIRIĆ, nota 32, p. 25 ss.

63 Por cierto, que la interacción de los niveles nacional e internacional sea coherente no presupone que ellos sean idénticos. Es decir, la interacción coherente de los niveles de persecución permite la conservación de “espacios de identidad” en cada uno de los niveles derivados de su propia estructura.

64 AMBOS, “The International Criminal Justice System...”, nota 32, p. 27: “... the main responsibility to investigate, prosecute and adjudicate international crimes lies with the territorial State. Only if it fails to live up to its corresponding duty the ICC has a right and perhaps the possibility to intervene”.

65 Sobre la complementariedad v. AMBOS, “El test de complementariedad...”, nota 12, pp. 4 ss.; EL MISMO ET AL, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz*, nota 25, p. 149 ss.; EL MISMO, *Treatise III*, nota 12, pp. 266 ss.; CASSESE/GAETA, *Cassese’s International Criminal Law*, 3º ed., Oxford: OUP, 2013, p. 296 ss.; WERLE/JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, 4º ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p. 131 ss.; RAZESBERGER, *The International Criminal Court. The principle of complementarity*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2006, p. 564 ss.; SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, 5º ed., Cambridge: CUP, 2017, p. 170 ss.

66 Sobre los criterios para evaluar ambos aspectos v. AMBOS, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 17 ss.; también, EL MISMO ET AL., *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, p. 169 ss.; AMBOS, *Treatise III*, nota 12, 273; v. además CÄRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p. 103 ss.; WERLE/JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, nota 65, p. 147 s.; SCHABAS, *Introduction*, nota 65, p. 174 ss.

de los crímenes internacionales —los cuales exhiben una significativa complejidad— y las circunstancias estructurales —internas o externas, preexistentes o sobrevinientes— de los específicos sistemas nacionales de justicia. A la vista de ello, en lo sucesivo solo se llevará a cabo una evaluación⁶⁷ desde una perspectiva general y con base en las circunstancias constatadas con ocasión del análisis precedente (dimensiones institucional, estratégica y jurídica). Para ello se tendrá como referencia los criterios previstos para la denominada complementariedad estricta y dejando de lado otras limitaciones relevantes para la competencia de la CPI, como el criterio de *ratione temporis*⁶⁸.

En principio, la admisibilidad presunta del Arts. 17 (1) del ECPI⁶⁹ (“inactividad total”, v. el siguiente gráfico)

puede ser rechazada sin más⁷⁰, con respecto a los países aquí analizados, si es que el Estado lleva a cabo una cierta actividad de investigación. Dicha actividad ha de ser valorada atendiendo a los requisitos establecidos en el artículo 17 (1) (a), (b) y (c)⁷¹ en relación con el artículo 20 (3) ECPI⁷². Es decir, si la actividad del Estado en cuestión cumple tales requisitos, el caso o la situación devienen inadmisibles. Por lo contrario, si la actividad del Estado indica o implica una falta de voluntad o incapacidad en el sentido del artículo 17 (2) y (3) ECPI la situación o caso deben ser declarados admisibles. Gráficamente el test de complementariedad del artículo 17 ECPI puede presentarse de la siguiente manera:

67 Dado el ámbito temporal de los crímenes en algunos países, la jurisdicción de la CPI ya se halla excluida *ratione temporis*. Un ejercicio similar puede encontrarse en SANTALLA, “Bolivia”, en AMBOS/ MALARINO/ELSNER, (nota 1), 166 ss.

68 Sobre la complementariedad en sentido estricto v. AMBOS, *Treatise III*, nota 12, pp. 295 ss.; también EL MISMO, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 17 ss. Ha de tenerse en cuenta que la complementariedad en sentido estricto solo adquiere relevancia si el caso tiene la gravedad suficiente v. AMBOS, *Treatise III*, nota 12, p. 273.

69 Sobre el Art. 17 ECPI v. EL ZEIDY, “Article 17”, en TRIFFTERER/AMBOS, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, 3º ed., München, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos, p. 781 ss.

70 Además de la insuficiencia de gravedad prevista en el Art. 17 (1)(d): “El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”. Al respecto v. AMBOS, *Treatise III*, nota 12, pp. 284 ss.; también EL MISMO, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 18.

71 Art 17 ECPI: “1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

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

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

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

72 Art. 20 ECPI:

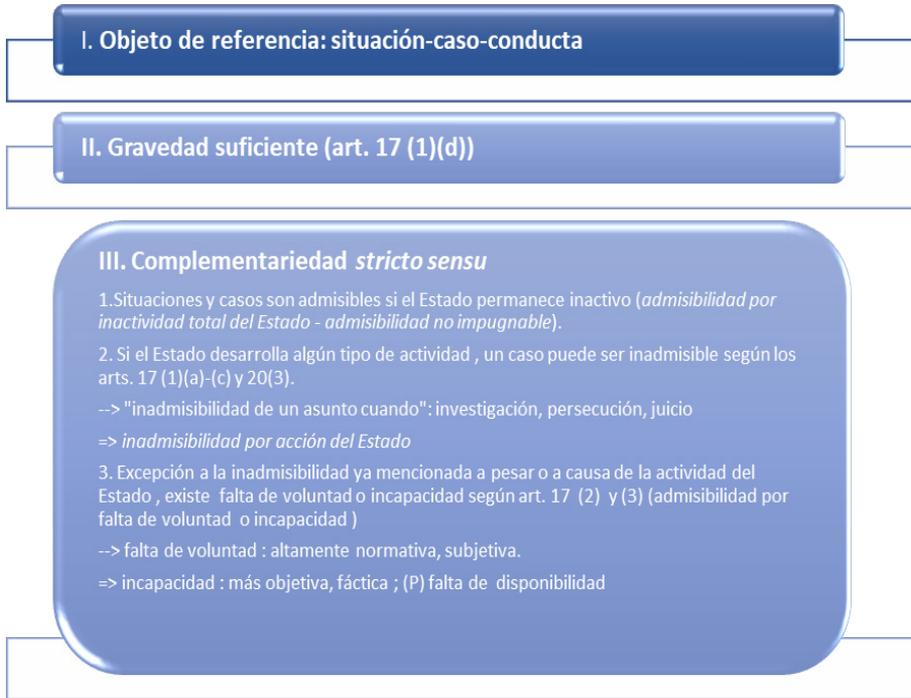
“(…)”

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”

Test de complementariedad del Art. 17 ECPI



Fuente: AMBOS, *Treatise III*, nota 12, p. 274 (rediseñado)

Tomando en cuenta esos criterios, en principio resulta que ninguna de las experiencias aquí consideradas podría ser susceptible de ser descrita como un caso de *inactividad total*, tanto desde una perspectiva fáctica como normativa⁷³. Así, por ejemplo, las pretensiones de obstaculizar la persecución por la vía de amnistías generales planteadas en Argentina⁷⁴ y Perú⁷⁵ no prosperaron. De hecho, los movimientos anti-impunidad presentes en estos países dieron lugar a esfuerzos de

investigación y persecución por parte de las autoridades nacionales⁷⁶, lo cual deja constatar una mínima actividad estatal. En definitiva, es posible afirmar que no existe una desactivación sustancial de las posibilidades del aparato estatal para iniciar o continuar investigaciones, persecuciones o juicios por crímenes internacionales graves o, cuando menos, que el riesgo de que ello ocurra ha sido superado⁷⁷. Todo lo contrario, la efectiva (aunque selectiva) persecución de crímenes internacio-

73 Sobre ambas clases de inactividad v. AMBOS ET AL., *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, p. XVII, donde se concluye, a la luz de la Ley 975 (Ley de Justicia y Paz) que no es posible afirmar una falta de disposición ni de capacidad, p. 210 s. [v. también: AMBOS, *The Colombian Peace Process and the Principle of the Complementarity of the International Criminal Court. An inductive, Situation based approach*, Heidelberg: Springer, 2010, pp. 89 s.].

74 Al respecto v. AMBOS, *Impunidad*, nota 6, p. 175.

75 Sobre el caso peruano v. MONTOYA, nota 7, p. 33.

76 Como por ejemplo en la decisión de la jueza Saquicuray en el ámbito peruano, v. CARO CORIA, "Perú", en AMBOS/MALARINO/ ELSNER (eds.), *Justicia de transición*, nota 1, p. 365.

77 A este respecto resulta notablemente expresivo que la Sra. Luz Ibáñez, la recientemente elegida jueza peruana de la CPI, al ser consultada sobre el caso "Madre Mía" (que involucraría al ex presidente peruano Ollanta Humala Tasso) haya señalado sus dudas sobre la posibilidad de que llegue a conocimiento de la CPI afirmando que: "Sería difícil, porque en el Perú sí se dan todas las garantías para llevar a cabo este proceso. En ese sentido, difícilmente llegaría a la corte este caso". V. *Perú 21*, 20.09.2017, accesible en <https://peru21.pe/politica/luz-ibanez-carranza-seria-dificil-madre-mia-llegue-cpi-376703> [último acceso: 07.04.2018]. De todos modos, vale la pena señalar que los supuestos hechos no caerían bajo la jurisdicción de la CPI pues ellos habrían tenido lugar en la década de los noventas del siglo pasado.

nales debería llevar a considerar en líneas generales la afirmación de la inadmisibilidad general de un procedimiento ante la CPI (Art. 17 (1) (a) - (c) ECPI) a menos que fuese posible afirmar que las jurisdicciones aquí analizadas no tuviesen la disposición o la capacidad de llevar a cabo esa persecución⁷⁸. Esto será analizado en breve.

En cuanto a la *falta de disposición* (voluntad): hay que señalar en principio que ella no se sigue automáticamente de la configuración de uno de los criterios previstos en el artículo 17 (2) ECPI, sino que más bien se requiere una evaluación general⁷⁹. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la obligación de investigar recae en el Estado y no puede ser delegada sin más a un organismo no estatal o internacional. Además un Estado no puede brindar como excusa la actividad positiva de uno de sus órganos si otros boicotean la investigación⁸⁰. En cuanto a los factores concretos: en primer lugar, el propósito de *sustraer una persona de su responsabilidad penal* (Art. 17(2)(a) ECPI)⁸¹ es una expresión de mala fe del respectivo Estado, lo cual podría deducirse de ciertos indicios, como por ejemplo, evadir normas legales del procedimiento mediante el nombramiento de un investigador especial políticamente cercano al acusado⁸². En cualquier caso, debe haber una relación de causalidad entre la acción del Estado y la sustracción del responsable. Por otra parte, una *demora injustificada* (Art. 17(2)(b) ECPI)⁸³ puede determinarse

recurriendo a las reglas del debido proceso de los instrumentos sobre derechos humanos tomando en cuenta la complejidad del caso, la conducta de las partes y la duración comparativa de los procesos penales en el Estado respectivo. Finalmente, en lo que respecta a la *falta de independencia o imparcialidad* (Art. 17(2)(c) ECPI)⁸⁴, la primera se establece teniendo en cuenta el modo de designación de los miembros del tribunal y sus períodos, la existencia de garantías contra presiones externas y, de forma más general, si el organismo presenta una apariencia de independencia. La imparcialidad hace referencia a que el personal de un tribunal esté subjetivamente libre de parcialidad y a que, objetivamente, existan garantías suficientes de imparcialidad⁸⁵. En resumen, el test de la falta de voluntad gira en torno a la calidad de los procedimientos, su seriedad y buena fe con miras a conducir a la persona ante la justicia⁸⁶.

Por su parte, la *incapacidad* está determinada, como se sabe, por el colapso “total”, el colapso “sustancial” o el “carecer” de un sistema de justicia nacional⁸⁷. Mientras que el colapso *total* puede definirse como una ruptura completa de la administración de justicia, ya sea porque el Estado ha perdido el control sobre el territorio o por una decisión interna de borrar la administración nacional de justicia, el colapso *sustancial* puede entenderse como el desplazamiento de recursos y procedimientos a otro lugar⁸⁸. En ese sentido, la *no disponibilidad* (carencia) se superpone con el requisito

78 V. por ejemplo PIKIS, *The Rome Statute for the International Criminal Court*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2010, p. 55.

79 V. AMBOS, *Treatise III*, (nota 12), p. 308, 316; v. OTP, Report on Preliminary Examination Activities 2013, párr. 138; v. también OTP, Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice, (2003), p. 8, notas 8-9.

80 V. AMBOS, *Treatise III*, (nota 12), p. 308 s.; KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford: Oxford University Press, 2008, 107, 109 ss.

81 Al respecto v. AMBOS, *Treatise III*, (nota 12), 309 s.

82 Otros ejemplos pueden ser: la remisión del caso a un tribunal secreto o especial (militar), asignación insuficiente de recursos o la falta de apoyo y cooperación para los investigadores, V. AMBOS, *Treatise III*, nota 12, pp. 309 ss.; EL MISMO, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 27.

83 V. Art. 17 (2)(b) ECPI: “Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”; v. AMBOS, *Treatise III*, nota 12, pp. 310 s.

84 V. Art. 17 (2)(c) ECPI: “Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”; AMBOS, *Treatise III*, nota 12, pp. 311 s.

85 Los subpárr. (b) y (c) del Art. 17 (2) ECPI requieren que la demora injustificada y la falta de independencia o imparcialidad sean incompatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de la que se trate ante la justicia, es decir, que esa persona llegue a ser investigada o enjuiciada. V. AMBOS, *Treatise III*, nota 12, p. 312; v. también EL MISMO, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 30.

86 V. AMBOS, *Treatise III*, nota 12, p. 316; EL MISMO, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 38.

87 V. AMBOS, *Treatise III*, nota 12, pp. 371 ss.; EL MISMO, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 33, ARSANJANI/REISMAN, “The International Criminal Court and the Congo: From theory to reality”, en SADAT/SCHARF (eds.), *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 329; OTP, “Informal expert paper: the principle of complementarity in practice” (2003), accessible en: www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2009_02250.PDF [último acceso: 07.04.2018], párr. 49; EL ZEIDY, “The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law”, *Michigan Journal of International Law (MJIL)* 32 (2002), p. 903; PHILIPS, “The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and admissibility”, *CLF* 10 (1999), p. 79; v. también HOLMES, “Complementarity: National Courts versus the ICC”, en CASSESE/GAETA/JONES (eds.), *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, Vol. I, Oxford: OUP, 2002, p. 677 s.

88 V. AMBOS, *Treatise III*, nota 12, pp. 371 s.; EL MISMO, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 33, PICHON, *ICLR* 8 (2008), p. 196.

del colapso sustancial⁸⁹. En todo caso, el mero funcionamiento ineficiente de un sistema judicial y sus deficiencias internas, no podrían considerarse dentro del concepto de no disponibilidad⁹⁰.

Ahora bien, si se aplica los conceptos de falta de voluntad e incapacidad a las jurisdicciones examinadas, entonces resulta que al menos desde una perspectiva abstracta hay que rechazar su concurrencia, dada la considerable actividad de persecución que allí ha sido realizada. A pesar de ello, las deficiencias que saltan a la vista podrían ser valoradas sin duda como la expresión de una actuación ineficiente del respectivo sistema de justicia. Naturalmente, esa constatación ha de ser vista en el contexto real de los sistemas de justicia latinoamericanos, donde la persecución de crímenes internacionales termina compartiendo espacio con la persecución de la criminalidad ordinaria. Ciertamente esto podría intentar superarse mediante la instauración de una justicia autónoma como la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia⁹¹ o de un subsistema especializado como en el caso peruano⁹². Sin embargo, con ello no se garantiza automáticamente que estos sistemas semiautónomos funcionen adecuadamente. En

otras palabras, la instauración de esos sistemas especializados solo mejora la situación si estos se encuentran respaldados con suficiente personal y otros recursos. De otra forma, ellos terminan constituyendo una mera solución “de papel”. De cualquier modo, desde una perspectiva abstracta es posible afirmar que pese a las limitaciones constatadas los sistemas nacionales de justicia que aquí se han tenido en cuenta en principio funcionan apropiadamente⁹³.

No obstante, desde una perspectiva concreta, orientada al caso específico, la conclusión tiene que ser necesariamente matizada⁹⁴. Pues tomando en cuenta la conducta, el sospechoso y las circunstancias concretas es claro que la admisibilidad podría terminar imponiéndose en casos concretos. Sólo como ejemplo piénsese en el ámbito colombiano donde la responsabilidad criminal en cuanto a los denominados “falsos positivos”⁹⁵ hasta ahora solo ha sido establecida para agentes militares de bajo rango dejando a los de mayor rango en la mira de la Fiscalía de la CPI. O tómesese el caso, también proveniente del ámbito colombiano, en el que una persona condenada a una pena elevada en la justicia ordinaria fue transferida con posterioridad a la

89 Con una interpretación literal amplia se podrían revelar por lo menos tres aspectos del concepto “no disponibilidad”: la no existencia de algo, la no accesibilidad a alguna cosa y la inutilidad de un recurso, independientemente de su existencia y accesibilidad. V. AMBOS, *Treatise III*, nota 12, pp. 318 ss.; EL MISMO, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 34.

90 V. AMBOS, *Treatise III*, nota 12, pp. 321; EL MISMO, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 36.

91 Sobre la JEP v. *supra* nota 43.

92 Referencialmente sobre los órganos componentes de ese subsistema (tanto en el Ministerio Público como en el Poder Judicial) v. http://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_proyectos/seguimiento-de-casos-de-violaciones-de-derechos-humanos/marco-del-proyecto/subsistemas-nacionales/?tab=ministerio-publico [último acceso: 15.06.2018].

93 A este respecto, vale la pena recordar lo señalado en relación con la situación colombiana en el sentido de que “una interpretación más amplia del criterio de incapacidad que parte de un análisis de la *efectividad de un recurso judicial en concreto* podría llevar a otra conclusión, alegando que los déficits en la aplicación de la LJP junto a la sobrecarga o falta de recursos personales, económicos e institucionales constituyen una denegación de un recurso efectivo y así generan cierta incapacidad del sistema judicial.” V. AMBOS ET AL, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, p. 204, resaltado en el original. Aunque allí mismo se señaló que “esta *ineficiencia relativa* no necesariamente lleva a un juicio de incapacidad en el sentido del artículo 17 (3) ECPI, por lo menos si no se sigue una interpretación demasiado estricta de su tercera variante, resulta de todos modos importante que la Fiscalía diseñe una estrategia global e integral para la selección y priorización de situaciones y casos emblemáticos que involucren a los bloques y las personas más responsables de los GAOML”, p. 205, resaltado en el original.

94 Ver AMBOS, *Treatise III*, nota 12, p. 273 ss. y además el gráfico 1 *supra* en el texto principal. V. también RASTAN, “Situación y caso. definiendo los parámetros”, en CÁRDENAS ARAVENA/FERNÁNDEZ NEIRA (ed.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años. Un enfoque práctico*, Santiago de Chile: Legal Publishing/Thomson Reuters, 2012, p. 219 ss. [v. también RASTAN, “Situation and Case”, en STAHN/EL ZEIDY, *The International Criminal Court and Complementarity. From Theory to Practice*, Vol. 1, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2011, pp. 421 ss.]; STAHN, Carsten, “Complementarity: a tale of two notions”, *Criminal Law Forum (CLF)* 19 (2008), p. 106; STIGEN, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions*, Martinus Nijhoff, Leiden Boston: 2008, p. 91 ss.; RAZESBERGER, *The principle of complementarity*, nota 65, p. 31 ss.; OLÁSULO/CARNERO ROJO, “The application of the principle of complementarity to the decision of where to open an investigation. The admissibility of ‘situations’”, en STAHN/EL ZEIDY, *Complementarity*, Vol. 1, nota 94, p. 394 ss.

95 Sobre los denominados “falsos positivos”, v. HRW, *Factor de presión: El impacto de la CPI en la justicia nacional, Los exámenes preliminares sobre Colombia, Georgia, Guinea y el Reino Unido*, 3 de mayo de 2018, accesible en: www.hrw.org/es/report/2018/05/03/factor-de-presion-el-impacto-de-la-cpi-en-la-justicia-nacional/los-examenes [último acceso: 15.06.2018]; v. también HRW, *Análisis de Human Rights Watch sobre la investigación de falsos positivos bajo las disposiciones de la Jurisdicción Especial para la Paz*, 28 de marzo de 2016, accesible en: www.hrw.org/es/news/2016/03/28/analisis-de-human-rights-watch-sobre-la-investigacion-de-falsos-positivos-bajo-las [último acceso: 15.06.2018].

JEP⁹⁶ donde lo más probable es que reciba un castigo (“alternativo”) mucho menor⁹⁷. Si bien un análisis más detallado no es posible en este lugar es claro que una evaluación de estos casos “difíciles” implicaría una litigación intensa ante la CPI comparable a aquella que ha sido vista con relación a los casos de Saif Al-Islam Gaddafi (declarado admisible) y Abdullah Al-Senussi (declarado inadmisibles) en la situación de Libia⁹⁸.

3. Superación de las deficiencias identificadas y la genuinidad del compromiso con el sistema de justicia penal internacional

Como afirmamos precedentemente, la interacción entre los niveles del sistema de justicia penal internacional deja expuesto el ámbito funcional de la complementariedad. Esa interacción admite ser descrita en términos de la función *de base* y de la función *de cierre* de los niveles nacional e internacional, respectivamente. De conformidad con ello, mientras que el nivel nacional debe asumir su correspondiente obligación primaria de persecución de crímenes internacionales⁹⁹, el nivel internacional ha de concentrarse más

bien en superar un eventual ámbito de impunidad¹⁰⁰, en consonancia con sus objetivos modestos y con sus capacidades limitadas¹⁰¹. En la práctica, esto significa que el nivel nacional debe preparar adecuadamente el terreno para que el otro nivel cumpla con su función. Dicho de otro modo: la plausibilidad de la función de persecución *de cierre* depende de una suficiente función de persecución *de base*. De ello se sigue que el nivel nacional necesita ocuparse en primer lugar de su funcionamiento eficiente¹⁰², de forma tal que quede en óptimas condiciones para cumplir con su función de base y, al mismo tiempo, para evitar que el nivel internacional resulte condenado al colapso funcional debido al exceso de situaciones y casos¹⁰³.

El reconocimiento de esa necesidad es esencial para la definición de la genuinidad del compromiso con el sistema de justicia penal internacional (en su conjunto) y para fundamentar la legitimidad de la práctica orientada a priorizar los sistemas nacionales de justicia frente al nivel internacional. Esto resulta especialmente relevante en el ámbito latinoamericano, pues la constatación de deficiencias en el desempeño de sus sistemas de justicia podría hacer asomar la idea —hasta cierto

96 Así, por ejemplo, en el caso del Crnl. (r) Robinson González del Río, quien fue condenado en la justicia ordinaria por su participación en más de 40 casos de falsos positivos a penas acumuladas que alcanzaban los 60 años (v. www.semana.com/nacion/articulo/tras-acogerse-a-la-jep-conceden-libertad-al-coronel-gonzalez-del-rio/552986 [último acceso: 07.04.2018]), pero que salió en libertad condicionada como consecuencia de haberse acogido a la JEP (v. http://caracol.com.co/radio/2018/01/09/judicial/1515521265_163992.html; [último acceso: 07.04.2018]).

97 En la JEP existen dos procedimientos: i) un procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad y, ii) un procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Como consecuencia de ello, también las sanciones poseen un régimen diferenciado, a saber: i) una *sanción propia* máxima de 8 años cuando el reconocimiento de verdad y responsabilidad se realiza ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; ii) una *sanción alternativa* máxima de 8 años cuando ese reconocimiento se realiza ante la Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz, y, iii) una *sanción ordinaria* máxima de 20 años en caso de ausencia de ese reconocimiento. Cfr. Art. trans. 13 del AL 1/2017, en conexión con los numerales 60-62 del Acuerdo de Paz entre el gobierno colombiano y las FARC.

98 V. más detalladamente en www.icc-cpi.int/libya/gaddafi [último acceso: 25.06.2018].

99 Resaltando el rol de las jurisdicciones nacionales BERGSMO/BEKOU/JONES, “New Technologies in Criminal Justice for Core International Crimes: The ICC Legal Tools Project” en BERGSMO (ed.) *Active Complementarity: Legal Information Transfer*, Oslo: TOAE, 2011, p. 35; v. además MACULÁN, “Capítulo V: La Corte Penal Internacional”, en GIL GIL/MACULÁN (dir.), *Derecho penal internacional*, Madrid: Dykinson, 2016, p. 85.

100 V. JESSBERGER/GENEUSS, “Las múltiples caras de la Corte Penal internacional”, en CÁRDENAS ARAVENA/FERNÁNDEZ NEIRA (ed.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años*, nota 94, p. 206 [v. también JESSBERGER/GENEUSS, “The many faces of the International Criminal Court”, *JICJ* 10 (2012), p. 1087.]

101 V. AMBOS/STEGMILLER, “Prosecuting international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?”, en *Crime, Law and Social Change (CLSC)*, 59 (2013), p. 416 (“The selection and prioritization of cases to be prosecuted before the ICC, while necessary and legitimate given the existing capacity constraints and the goals of the Court to prosecute the “most serious crimes” of the “most responsible”...”) [versión en español: AMBOS/STEGMILLER, “Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?”, *Revista Penal*, n.º 32, julio 2013, p. 42.]; también SATZGER, *International and European Criminal Law*, 2.º ed., München: C.H. Beck, 2018: “...generally limited (financial and personal) capacity of the ICC”, § 12, nm. 32, p. 252. Haciendo referencia a una “endogenous powerless” DAMAŠKA, “What is the Point of International Criminal Justice?” en *Chicago-Kent Law Review (Chi-Kent L. Rev.)* 83 (2008), p. 21.

102 Respecto a la reafirmación de la supremacía de los sistemas nacionales y del umbral de admisibilidad mediante el reemplazo de los términos colapso “parcial” por “sustancial” v. AMBOS, *Treatise III*, nota 12, p. 318; ver también EL MISMO, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 33.

103 Sobre la necesidad de que el nivel internacional no resulte colapsado por una cantidad de casos que exceda sus recursos. v. AMBOS, “The International Criminal Justice System...”, en ACKERMAN/AMBOS/SIKIRIĆ, nota 32, p. 24.

punto “facilista”— de que la única salida posible para una persecución de los crímenes internacionales consistiría en privilegiar la intervención del nivel internacional (esto es, la CPI). Pero esto resulta cuestionable al menos por dos razones. En principio, ello supondría una renuncia a la obligación primaria del Estado de perseguir crímenes internacionales, de la cual no es posible sustraerse sin más. En segundo lugar, proceder de ese modo no solo implicaría no reforzar el sistema nacional de justicia, sino además exponer al nivel internacional —y con ello al sistema de justicia penal internacional— al fracaso, dado que el funcionamiento de éste depende fundamentalmente de un adecuado acondicionamiento del nivel nacional.

Como se ha dicho, esa perspectiva permite valorar la genuinidad del compromiso con el sistema de justicia penal internacional. En tal sentido, solo aquellos Estados que poseen sistemas de justicia acondicionados adecuadamente muestran un compromiso genuino, pues solo de ese modo se puede cumplir con la obligación primaria del nivel nacional (*función de base*) y al mismo tiempo garantizar la capacidad de la intervención del nivel internacional (*función de cierre*). Es decir, únicamente entonces es posible hablar de un compromiso *integral* con el sistema de justicia penal internacional o, lo que es lo mismo, de un compromiso con sus dos niveles (nacional e internacional). En cuanto a las posibles deficiencias identificadas en el nivel nacional, esto significa para los tres países latinoamericanos aquí examinados que ellos deberían ser alentados a llevar a cabo un esfuerzo más decidido en el cumplimiento de su obligación primaria de persecución de crímenes internacionales antes que a entender aquello como la demostración de una incapacidad insuperable que dé lugar a la invocación prematura y desmesurada de la intervención del nivel internacional (mediante la CPI).

4. Conclusión

Esta breve investigación ha mostrado que la persecución de crímenes internacionales en los tres estados latinoamericanos aquí analizados sufre de algunas deficiencias, especialmente respecto a la institucionalidad y a (la falta de) una estrategia de persecución. Sin embargo, también es posible hablar de algunos aspectos positivos, particularmente en relación con los desafíos jurídicos. Como consecuencia de ello, es posible afirmar que desde una perspectiva *abstracta* no puede considerarse que estos sistemas de justicia latinoamericanos carecen de voluntad o de capacidad en los términos del art. 17 ECPI. De todos modos, desde una perspectiva *concreta* podría alcanzarse una conclusión distinta respecto de casos de una alta relevancia y que podrían ser de especial interés para la CPI. Con todo, en el ámbito latinoamericano, las deficiencias cons-

tatadas deberían ser entendidas como un llamado al fortalecimiento del nivel nacional antes que el recurso al nivel internacional, pues solo de aquel modo podría alcanzarse un compromiso genuino con el sistema de justicia penal internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai, “Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate”, en *GA* 145 (1998), pp. 226-245 [versión en español: AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998].
- AMBOS, Kai, *Impunidad y Derecho penal internacional*, 2º ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- AMBOS, Kai, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en K. AMBOS, /E. MALARINO/G. ELSNER (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 23-129.
- AMBOS, Kai, “Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori”, *ZIS* 11/2009, pp. 552-564.
- AMBOS, Kai, “El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)”, *InDret* 2/2010, pp. 1-47.
- AMBOS, Kai, (con la colaboración de Huber, Florian, González-Fuente Rubilar, Rodrigo y Zuluaga Taborada, John), *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*, Bogotá: Temis, 2010.
- AMBOS, Kai, *The Colombian Peace Process and the Principle of the Complementarity of the International Criminal Court. An inductive, Situation based approach*, Heidelberg: Springer, 2010.
- AMBOS, Kai, “The Fujimori Judgment: A President’s Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus” en *JICJ* 9 (2011), pp. 137-158.
- AMBOS, Kai, “Introducción y resumen comparativo”, en AMBOS (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá: Profis, 2011, pp. 9-22.
- AMBOS, Kai, “Zur ‘Organisation’ bei der Organisationsherrschaft”, en M. HEINRICH/C. JÄGER [y otros](eds.), *Strafrecht als scientia universalis*:

- Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin: de Gruyter, 2011, pp. 837-852.
- AMBOS, Kai, “El caso de Julian Assange: orden de detención europea versus asilo diplomático”, en *ADPCP*, Vol. LXV, 2012, pp. 63-85.
- AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law. Vol. 3: International Criminal Procedure*, Oxford: Oxford University Press, 2016.
- AMBOS, Kai, “The International Criminal Justice System and Prosecutorial and Prosecutorial Selection Policy”, en B. ACKERMAN/K. AMBOS/ H. SIKIRIĆ, *Visions of Justice: liber amicorum Mirjan Damaška*, Berlin: Duncker & Humblot, 2016, pp. 23-50.
- AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht*, 5º ed., München: C.H. Beck, 2018.
- AMBOS, Kai, “La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, en K. AMBOS/F. CORTÉS/J. ZULUAGA (coords.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Bogotá: Siglo del Hombre, 2018, 119-166.
- K. AMBOS/E. MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003.
- K. AMBOS /E. MALARINO /G. ELSNER (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- K. AMBOS/I. MEINI, *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Ara: Lima, 2010.
- K. AMBOS/I. STEGMILLER, “Prosecuting international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?”, en *CLSC*, 59 (2013), pp. 415-437 [versión en español: AMBOS/STEGMILLER, “Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?” en *Revista Penal*, nº 32, julio 2013, pp. 41-59].
- K. AMBOS/G. URQUIZO, Indulto a Fujimori: Algunas consideraciones críticas, en *La Ley*, 3.01.2018, (accesible en <http://laley.pe/not/4564/indulto-para-el-ex-presidente-fujimori-algunas-consideraciones-criticas-/>; último acceso: 07.04.2018).
- K. AMBOS/J. ZULUAGA, “Justicia de Transición y Constitución. A manera de introducción”, en AMBOS, Kai (coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá: Temis, 2014, pp. 1-19.
- K. AMBOS/J. ZULUAGA, “La ‘nueva’ política de selección y priorización procesal penal en Colombia”, (disponible en: www.inej.edu.ni/novedades/la-%E2%80%9Cnueva%E2%80%9D-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombiapor-kai-ambos-y-john-zuluaga-3559.html; último acceso: 10.01.2018).
- APONTE, Alejandro, “Colombia”, en K. AMBOS/E. MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, pp. 201-258.
- APONTE, Alejandro, “Colombia”, en K. AMBOS /E. MALARINO /G. ELSNER, (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho penal internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2008, pp. 159-212.
- APONTE, Alejandro, “Colombia”, en K. AMBOS / E. MALARINO / G. ELSNER, Gisela (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 235-299.
- APONTE, Alejandro, *Persecución penal de crímenes internacionales: Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Bogotá: Ibáñez, 2010.
- APONTE, Alejandro “La priorización como estrategia de reducción de complejidad: un ensayo de interpretación”, en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá: FGN, 2013, p. 24 ss.
- ARANA, Nicolás, *La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin y su aplicación en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, (accesible en www.bdigital.unal.edu.co/39870/1/80244643.2014.pdf; último acceso: 07.04.2018).
- M. ARSANJANI /M. REISMAN, “The International Criminal Court and the Congo: From theory to reality”, en L. SADAT, /M. SCHARF (eds.), *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.
- M. BERGSMO/O. BEKOU/A. JONES, “New Technologies in Criminal Justice for Core International Crimes: The ICC Legal Tools Project” en BERGSMO, M. (ed.) *Active Complementarity: Legal Information Transfer*, Oslo: TOAEP, 2011, pp. 25-42.
- M. BERGSMO/M. P. SAFFON, “Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?”, en AMBOS, Kai (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá: Profis, 2011, pp. 23-112.

- CÁRDENAS, Claudia, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.
- CARO CORIA, Dino Carlos, “Perú”, en K. AMBOS/E. MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, pp. 447-493.
- CARO CORIA, Dino Carlos, “Perú”, en K. AMBOS/E. MALARINO/G. ELSNER (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 357-390.
- CARO CORIA, Dino Carlos, “Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal”, en *ZIS* 11/2009, pp. 581-595.
- A. CASSESE/P. GAETA, *Cassese’s International Criminal Law*, 3^o ed., Oxford: OUP, 2013.
- G. COTE/D. TARAPUÉS, “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013”, en AMBOS, Kai (coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá: Temis, 2014, pp. 197-271.
- DAMAŠKA, Mirjan, “What is the Point of International Criminal Justice?”, en *Chi-Kent L. Rev.* 83, 2008, pp. 329-365.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial n° 162: “A diez años de verdad, justicia y reparación. Avances, retrocesos y desafíos de un proceso inconcluso”*, (agosto de 2013), p. 96 y ss. (accesible en: www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/INFORME-DEFENSORIAL-162.pdf; último acceso 07.04.2018).
- EL ZEIDY, Mohamed, “The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law”, *MJIL* 32 (2002), pp. 869-975.
- EL ZEIDY, Mohamed, “Article 17”, en O. TRIFTERER/K. AMBOS, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, 3^o ed., München, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos, 2016, pp. 781-831.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal. PG*, Vol. 2, Bogotá: Ibáñez, 2012.
- A. FORER/C. LÓPEZ DÍAZ, “Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia”, en AMBOS (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá: Profis, 2011, pp. 229-253.
- GARCÍA CAVERO, Percy, “La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori” en *ZIS*/11, 2009, pp. 596-602.
- GIL LAVEDRA, Ricardo, “Justicia transicional en Argentina: el papel de los tribunales penales”, en J. ALMQSVIT/C. ESPÓSITO (coord.) *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 43-67.
- GÓMEZ MÉNDEZ, María Paula, *Verdad, justicia y reparación. Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006.
- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto, “Lección 16: Autoría y participación”, en URBANO MARTÍNEZ ET AL, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, pp. 267-305.
- HERZBERG, Rolf D. “Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates”, en *ZIS* 11/2009, pp. 576-580.
- HOLMES, John T., “Complementarity: National Courts versus the ICC”, en CASSESE/GAETA/JONES (eds.), *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, Vol. I, 2002, Oxford: OUP, 2002, pp. 667-686.
- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, *Justicia transicional y comisiones de la verdad*, 2^o ed., Madrid: Berg Institute; Otzenhausen: Europäische Akademie Otzenhausen; Bogotá: Justicia y Desarrollo Sostenible, 2017.
- IDEHPUCP, *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú. Características y dificultades*, Lima: Idehpucp, 2006.
- JAKOBS, Günther, “Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori”, en *ZIS* 11/2009, pp. 572-575.
- F. JESSBERGER/J. GENEUSS, “Las múltiples caras de la Corte Penal internacional”, en CÁRDENAS ARAVENA/ FERNÁNDEZ NEIRA (ed.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años*, pp. 199-217 [versión en inglés JESSBERGER/GENEUSS, “The many faces of the International Criminal Court”, en *JICJ* 10 (2012), pp. 1081-1094].
- KLEFFNER, Jann, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- MACULÁN, Elena, “Capítulo V: La Corte Penal Internacional”, en A. GIL GIL/E. MACULÁN (dir.), *Derecho penal internacional*, Madrid: Dykinson, 2016, pp. 79-103.

- MALARINO, Ezequiel, “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional”, en K. AMBOS/E. MALARINO/G. ELSNER (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho penal internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2008, pp. 421-448.
- MALARINO, Ezequiel, “Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas”, en K. AMBOS/E. MALARINO/G. ELSNER, *Justicia de transición*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 415-431.
- MALARINO, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2010, pp. 25-61.
- MEINI, Iván, “La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha 7/04/2009 (Exp. A.V. 19-2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema”, en *ZIS 4* (2009), pp. 603-608.
- MONTOYA VIVANCO, Iván, “Límites y avances de la justicia penal frente a las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el periodo de conflicto armado interno en el Perú”, en QUINTEROS, Víctor Manuel (ed.), *Temas de Derecho Penal y violación de derechos humanos*, Lima: Idehpucp, 2012, pp. 21-61.
- F. MUÑOZ CONDE/H. OLÁSOLO, “The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain” en: *JICJ 9*, 2011, p. 113-135.
- NINO, Carlos Santiago, *Juicio al mal absoluto*, (trad. de M. Böhmer), 2º ed., Buenos Aires: 2006.
- OLÁSOLO/CARNERO ROJO, “The application of the principle of complementarity to the decision of where to open an investigation. The admissibility of ‘situations’”, en STAHN/EL ZEIDY, *The International Criminal Court and Complementarity. From Theory to Practice*, Vol. I, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2011, pp. 393-420.
- OTP, “Informal expert paper: the principle of complementarity in practice” (2003) (accessible en: www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2009_02250.PDF; último acceso: 07.04.2018).
- PHILIPS, Ruth, “The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and admissibility”, *CLF 10* (1999), pp. 61-85.
- PICHON, Jakob, “The principle of complementarity in the cases of the Sudanese nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court”, *JCLR 8* (2008), pp. 185-228.
- PARENTI, Pablo, “Argentina”, en K. AMBOS/E. MALARINO/G. ELSNER (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho penal internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2008, pp. 21-66.
- P. PARENTI/L. PELLEGRINI, “Argentina”, en K. AMBOS/E. MALARINO/G. ELSNER (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 133-152.
- P. PARENTI/I. POLACO, “Argentina”, en AMBOS, Kai (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá: Profis, 2011, pp. 131-175.
- PARIONA ARANA, Raúl, “La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori” en *ZIS 11/2009*, pp. 609-614.
- PIKIS, Georgios, *The Rome Statute for the International Criminal Court*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2010.
- C. RAMIÓ/M. SALVADOR, *Instituciones y nueva gestión pública en América Latina*, Barcelona: Hurpe, 2005.
- RASTAN, Rod, “Situación y caso. definiendo los parámetros”, en C. CÁRDENAS ARAVENA/K. FERNÁNDEZ NEIRA (ed.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años. Un enfoque práctico*, Santiago de Chile: Legal Publishing /Thomson Reuters, 2012, pp. 219-264. [“Situation and Case”, en STAHN/EL ZEIDY, *The International Criminal Court and Complementarity. From Theory to Practice*, Vol. I, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2011, pp. 421-459].
- RAZESBERGER, Florian, *The International Criminal Court. The principle of complementarity*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2006.
- REÁTEGUI, Félix, “Comisiones de la Verdad y Justicia transicional”, en QUINTEROS, Víctor Manuel (coord.), *Judicialización de violaciones de derechos Humanos. Aportes sustantivos y procesales*, Lima: Idehpucp, 2010, pp. 25-40.
- ROXIN, Claus, “Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru”, en *ZIS 11/2009*, pp. 565-568.

- ROXIN, Claus, *Strafrecht*, AT, Tomo II, München: Verlag C.H. Beck, 2003.
- ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9º ed., Berlin; Boston: De Gruyter, 2015.
- K. SALAZAR/X. MEDELLÍN, “Introducción”, en FDPL, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington: 2009, pp. XVII-XXIV.
- M. SANCINETTI/M. FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos: la protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 79 ss.
- SANTALLA, Elizabeth, “Bolivia”, en K. AMBOS, /E. MALARINO/G. ELSNER (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 153-170.
- SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, 2º ed., München: C.H. Beck, 2018.
- SCHABAS, William, *An introduction to the International Criminal Court*, 5º ed., Cambridge: CUP, 2017.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Tatbereitschaft gegen Fungibilität”, en *ZIS* 11/2009, pp. 569-571.
- STAHN, Carsten, “Complementarity: a tale of two notions”, en *CLF* 19 (2008), pp. 87-113.
- STIGEN, Jo, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- VAN DER WILT, Harmen, “On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some reflections sparked off by the Case against the former Peruvian president Alberto Fujimori”, en *ZIS* 11/2009, pp. 615-621.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal. PG*, 6º ed., Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Fundamentos de Derecho Penal. PG*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017.
- WEIGEND, Thomas, “Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept”, en *JICJ* 9 (2011), pp. 91-111.
- G. WERLE/J. JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, 4º ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- ZULUAGA, John, “Alcance del artículo 1º inciso 4º del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en AMBOS, K. (coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá: Temis, 2014, pp. 155-196.