

Aplicación del derecho penal internacional por mecanismos de justicia comunitaria: los principios de imparcialidad e independencia a la luz del principio de complementariedad

Application of International Criminal Law through Community Justice Mechanisms: The Principles of Impartiality and Independence in Light of the Principle of Complementarity

A aplicação do direito penal internacional pelos mecanismos de justiça comunitária: os princípios da imparcialidade e da independência à luz do princípio da complementariedade

Juan David Castro Ramírez*

Fecha de recepción: 14 de junio de 2024

Fecha de aprobación: 17 de septiembre de 2024

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14843>

Para citar este artículo: Castro Ramírez, J. D. (2024). Aplicación del derecho penal internacional por mecanismos de justicia comunitaria: los principios de imparcialidad e independencia a la luz del principio de complementariedad. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 12, 1-29. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14843>

Resumen

El principio de complementariedad preserva la soberanía y primacía de la jurisdicción nacional y garantiza la autodeterminación procesal de los Estados; su respeto reconoce el carácter cultural de los problemas penales, incluso de los más complejos, permitiendo a los distintos Estados encontrar los procedimientos más adecuados y con valor identitario. Las formas tradicionales de resolución de conflictos son una alternativa histórica. No obstante, deben alinearse con requisitos internacionales de protección de los derechos humanos por medio de procesos de hibridación

* Abogado por la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: juandcastror@gmail.com

jurídica; este estándar internacional de protección exige que los procedimientos garanticen la imparcialidad y la independencia.

Palabras claves: pluralismo jurídico; derecho penal internacional; hibridación jurídica; principio de complementariedad; principios procesales.

Abstract

The principle of complementarity preserves the sovereignty and primacy of national jurisdiction and guarantees the procedural self-determination of states. Its respect recognizes the cultural nature of even the most complex criminal problems, allowing individual states to find the most appropriate procedures with identity value. Traditional forms of conflict resolution are a historic alternative. However, these must be aligned with international human rights protection requirements through processes of legal hybridization. This international standard of protection requires that procedures guarantee impartiality and independence.

Keywords: Legal pluralism; international criminal law; legal hybridization; principle of complementarity; procedural principles.

Resumo

O princípio da complementaridade preserva a soberania e o primado da jurisdição nacional, bem como garante a autodeterminação processual dos Estados; seu respeito reconhece o carácter cultural dos problemas penais, mesmo os mais complexos, o que permite aos diferentes Estados encontrarem os procedimentos mais adequados e com valor identitário. As formas tradicionais de resolução de conflitos são uma alternativa histórica. No entanto, devem estar alinhadas com os requisitos internacionais de proteção dos direitos humanos por meio de processos de hibridização jurídica; esse padrão internacional de proteção exige que os procedimentos garantam imparcialidade e independência.

Palavras-chave: pluralismo jurídico; direito penal internacional; hibridação jurídica; princípio da complementaridade e princípios processuais.

Introducción

Ross (1995) afirmaba que el conflicto y la violencia en los humanos se vinculan estrechamente con nuestra tendencia evolutiva a formar grupos sociales. Esta relación es crucial para entender cómo la decisión de agruparse moldea la identidad individual, influenciando la cooperación, la cultura y el conflicto mismo. El conflicto y la cultura son elementos omnipresentes de comportamiento entre las distintas formas de agrupación humana, al punto de hablarse de este primer elemento como una conducta cultural entendida así:

configuración de aquellas normas, prácticas e instituciones de una sociedad que tienen que ver con las cosas por las que la gente entra en disputa y con sus contrarios, con cómo las disputas se desenvuelven y, por último, con la forma que es probable que terminen (Ross, 1995).

Por ello es posible categorizar las sociedades de acuerdo a sus grados de conflictividad y uso de la violencia. El escalamiento de los conflictos y la violencia, la historia, las graves violaciones a derechos humanos y, especialmente, aspectos socioculturales han demandado la intervención de estructuras e instituciones propias del derecho con respuestas agresivas, que extraen la resolución de los conflictos más graves del seno de las sociedades. De este contexto nace el derecho internacional penal (DIP), que propende por la protección de “la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” (Werle & Jessberger, 2017, p. 78). De aquí que existen unos intereses fundamentales de la humanidad que justifican la resignificación del concepto de delito hacia una dimensión internacional y, por consiguiente, habilitan la injerencia en la resolución de problemas internos —en el sentido más amplio de la expresión— por parte de la comunidad internacional, sustrayéndole el carácter cultural al conflicto.

Se han tenido experiencias significativas de intervención en países como Ruanda y la antigua Yugoslavia, a través de tribunales *ad hoc* y una corte permanente para perseguir a quienes violan los intereses fundamentales de la humanidad. No obstante, este trabajo busca cuestionar la efectividad de estos instrumentos e instituciones internacionales para lograr los objetivos del derecho penal, así como satisfacer las necesidades de justicia y reconciliación.

Pues bien, el derecho penal y el derecho procesal moderno responden a un paradigma globalizado de justicia que, a su vez, se circunscribe a una noción de Estado de derecho donde “la consecución de la verdad procesal está sometida a estrictos límites constitucionales, encontrándose vinculados el proceso penal y la pena

a los derechos fundamentales” (Patiño, 2008, p. 97). Sin embargo, esta visión del derecho penal y del proceso no es el único paradigma posible para la solución de controversias: toma relevancia el pluralismo jurídico como la heterogeneidad normativa propia del desarrollo en sociedad (Griffith, 2007, p. 214), de manera que si es posible plantearse que el derecho y las instituciones que le componen no pertenecen exclusivamente a un sistema jurídico imperante, sino que se originan en las actividades propias de una sociedad y se arraigan a su cultura en una amplia multiplicidad de escenarios sociales, es posible concebir sistemas de justicia comunitaria donde las metas y procedimientos de sus instituciones estén unidas a nociones culturalmente compartidas.

Karp y Walther (2001) señalaron que los modelos de justicia comunitaria tienen características específicas destinadas a alcanzar objetivos restaurativos y de reintegración, con lo que mejora la calidad de vida en la comunidad (p. 206). No obstante, en la actualidad, la autoridad para imponer penas está reservada a los Estados o a las instituciones designadas por estos como un posible ordenamiento penal internacional.

Para problematizar y apartarse del estudio clásico del derecho positivo y hacer énfasis en el de los mecanismos propios de la justicia local, es necesario abordar nociones y conceptos del constitucionalismo moderno. Por este motivo, el presente trabajo se ajusta a la observación de principios procesales por su «papel propiamente constitucional, es decir “constitutivo” del orden jurídico» (Zagrebel'sky, 2007, p. 110) y su correspondencia como principios democráticos. Con todo, se presta especial atención a los principios de independencia e imparcialidad por el valor cultural y la carga identitaria característicos del derecho consuetudinario.

El ensayo plantea la necesidad de armonizar el derecho internacional y los derechos locales para reconocer la policentricidad en ambos. Se propone considerar la justicia comunitaria y el derecho consuetudinario como alternativas para resolver conflictos, incluso a nivel internacional, destacando la importancia del principio de complementariedad. Aunque son pocas las experiencias de aplicación de estas formas tradicionales, un análisis de sus procedimientos podría garantizar el cumplimiento de obligaciones internacionales, así como investigar y juzgar crímenes graves contra la humanidad.

1. Pluralismo jurídico en el DIP: de lo global a lo local

El pluralismo jurídico, aunque no es el foco principal de este estudio, es un desafío para las ciencias sociales. Se aborda inicialmente contrastándolo con la teoría del monismo jurídico y considerándolo como un fenómeno de anclaje monista

(Garzón López, 2014, p. 188). No se profundiza en sus elementos, pero se lo conceptualiza como un fenómeno interno para analizar las experiencias recopiladas.

A medida que la heterogeneidad de la acción del Estado se traduzca en el creciente particularismo de la legalidad estatal, y a medida que la unidad y universalidad del sistema jurídico oficial se vaya quebrando, pueden surgir, en la legalidad del Estado, nuevas formas de pluralismo jurídico (Santos, 2009, p. 71).

El concepto de pluralismo jurídico interno se relaciona con el de policentricidad, que es una consecuencia de la fragmentariedad de la soberanía por efecto de la globalización; por policentricidad ha de entenderse, entonces, “la multiplicidad de centros de decisión jurídica en un determinado sistema” (Arnaud & Fariñas Dulce, 2006, p. 301) pero, especialmente, en cuanto a la producción normativa.

La contemplación de esta categoría como la aparición de un conjunto normativo alterno que no es propio del derecho del Estado también incluye al derecho supranacional; en efecto, como señala el profesor Santos (2009), “hoy en día, junto a los ordenamientos jurídicos locales y nacionales, están emergiendo ordenamientos supranacionales, que interfieren de múltiples maneras con los primeros. En la actualidad, la pluralidad jurídica subnacional funciona en combinación con la pluralidad jurídica supranacional” (p. 260). Sin embargo, dicha articulación no es siempre pacífica en las escalas local, nacional y global, especialmente esta última por el alto “grado de descentralización dinámica de sus funciones normativas” (Andaluz Vegacenteno, 2005, p. 123).

2. El derecho internacional como manifestación de la policentricidad

Varios autores han caracterizado el derecho internacional como un sistema con rasgos de pluralidad. Por ejemplo, Pawelyn (2004) lo compara con un universo de islas interconectadas, mientras que Hafner (2004) lo describe como un conjunto de bloques y elementos erráticos, así como de diferentes sistemas parciales.¹ Sin embargo, se puede concebir el derecho internacional como un sistema jurídicamente pluralista, según la descripción del profesor Koch Jr. (2004), quien lo define como un sistema de diálogo judicial con perspectivas de multiculturalismo jurídico.

Como consecuencia del carácter multicultural y su crecimiento, el derecho internacional ha adquirido particularidades como la diferenciación entre jurisdicción y derecho aplicable en los tribunales internacionales, la expansión acelerada del

1 Estas descripciones hacen referencia a un carácter fragmentario del derecho internacional.

diálogo interjudicial, la convergencia de procedimientos y tradiciones entre sistemas jurídicos y tribunales, así como el surgimiento de tribunales híbridos que combinan elementos nacionales e internacionales (Burke-White, 2004).

En resumen, según Van Sliedregt y Vasiliev (2014), el pluralismo jurídico ha evolucionado con la globalización legal, destacando la importancia de entender las implicaciones de la globalización en el derecho y la naturaleza policéntrica de la regulación en una sociedad global (p. 9). Reconocer el pluralismo en el sistema jurídico internacional implica aceptar su diversidad, donde las interacciones entre procesos legales nacionales e internacionales generan nuevos procedimientos, normativas y tribunales. Por lo tanto, se plantea la posibilidad de establecer mecanismos locales o comunitarios que respeten y apliquen principios, especialmente procesales, en casos penales de relevancia global.

2.1. Derecho internacional penal

Al partir de la aceptación de que el derecho no es un sistema autónomo y cerrado, sino la “reproducción de la legalidad bajo la forma de constelaciones jurídicas de cuyas articulaciones pueden resultar normatividades entrelazadas” (Santos, 2009, p. 61), cada rama del derecho, incluyendo la del derecho penal, da lugar a una *hibridación jurídica*. Por tanto, el DIP también se comporta como una manifestación de la policentricidad y es posible analizarlo global y localmente.

En el ámbito del DIP, su carácter pluralista se manifiesta en la utilización de jurisprudencia y en el ejercicio de competencias cuasi legislativas por parte de los jueces, como señala Teubner (1992) al describirlo como un sistema de autopoiesis. Este enfoque sitúa a los actores transnacionales y a los tribunales en el centro de la creación del derecho, mientras relega al Estado y su legislación a la periferia.

Este sistema de autopoiesis implica una compleja armonización entre el derecho penal internacional y el nacional en los casos de juzgamiento por crímenes internacionales, donde las características difieren notablemente en distintas etapas procesales. Esta disparidad constituye el principal desafío en la relación vertical del pluralismo jurídico.² Más allá del aspecto sustantivo, el pluralismo jurídico en el DIP se manifiesta en aspectos procedimentales, con los que evidencia el papel cuasi legislador de los jueces y tribunales, que puede influir en la formación o alteración del derecho procesal. En este contexto de relaciones verticales plurales, la línea divisoria entre la interpretación y la creación de la ley se vuelve difusa.

2 De allí que el desarrollo de las legislaciones penales internas implique que tribunales nacionales se comprometan cada vez más con el DIP y su jurisprudencia.

La evolución del DIP, hasta la creación de la Corte Penal Internacional (CPI) y la instauración de tribunales internacionalizados o mixtos, ha resultado en el desarrollo de un cuerpo normativo reconocido, con producción doctrinal, y legitimado en diversos tratados. Este cuerpo normativo refleja un creciente pluralismo, dentro de y entre los tribunales penales internacionales, como respuesta a la intervención de la comunidad internacional en conflictos en diversos Estados a lo largo de la historia. A pesar de la expectativa de que la creación de un tribunal penal internacional permanente unifique el procedimiento para juzgar crímenes internacionales, esto no ha ocurrido (Turner, 2019); por el contrario, se ha observado una ampliación de la diversidad procesal. Así, la doctrina ha justificado la aplicación e intervención bajo la idea de una cultura global³ basada “en valores y el concepto de una sociedad mundial compuesta por ciudadanos mundiales, cuyo derecho [...] es derivado de derechos humanos universales, indivisibles e interculturalmente reconocidos, fundados en un concepto kantiano de dignidad humana” (Ambos, 2013, p. 444).

Una vez aceptado doctrinalmente el orden constitucional internacional, el derecho procesal penal internacional ha establecido mecanismos de cooperación entre Estados para facilitar la acción penal por los crímenes más graves y permitir a la comunidad internacional actuar como titular de los bienes jurídicos. El principio de complementariedad, al ser utilizado como mecanismo de cooperación, plantea desafíos en la relación entre la jurisdicción internacional y nacional, cuestionando la soberanía y generando debate sobre la viabilidad de aplicar otros mecanismos, como los locales, en casos de crímenes internacionales dentro de la jurisdicción de instituciones como la CPI.

3. De lo global a lo local: la cooperación judicial

La internacionalización de la administración de justicia, por ser una institución nacional arraigada en el Estado de derecho, enfrenta desafíos particulares debido a la complejidad inherente a su naturaleza (Santos, 2009, p. 460). Este proceso se vincula estrechamente con los principios superiores y los procesos de globalización del sistema judicial,⁴ lo que podría interpretarse como una expansión global del poder judicial.

3 Para Kai Ambos (2006), en su obra *La parte general del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*, existe una limitación al *derecho occidental* en el DIP, como consecuencia de la influencia de los Estados del círculo cultural occidental, por ejemplo, en las directrices del Estatuto de la CPI.

4 Santos (2009) menciona el consenso judicial como forma de internacionalización del sistema. Para ello, refiere a la globalización de alta intensidad, como la convergencia institucional externamente inducida, y a la globalización de baja intensidad, como las transformaciones judiciales parcialmente convergentes o de convergencia institucional espontánea.

La globalización del sistema judicial, especialmente del proceso penal, requiere una consideración del pluralismo jurídico. Históricamente, se ha concebido la jurisdicción como un poder exclusivo del Estado soberano en el derecho internacional, pero el pluralismo jurídico desafía esta noción. Según Ferrajoli (2000, p. 538), la principal garantía procesal y base de todas las demás es la jurisdiccionalidad, vista por el pluralismo no como expresión de un poder soberano, sino como un espacio de disputa y compromiso entre múltiples autoridades relativas (Schiff Berman, 2020, p. 14), lo que podría permitir la articulación de normas alternativas.

El debate en torno al poder soberano de la ley internacional se traslada, igualmente, al DIP —primero, desde sus aspectos sustanciales y, posteriormente, frente al procedimiento—. Por enunciar una de las cuestiones, en la doctrina persiste la discusión sobre la obligación de dictar medidas legislativas nacionales oportunas para permitir, por ejemplo, la aplicación de la jurisdicción de la CPI ante el acaecimiento de conductas tipificadas en el Estatuto de Roma como crímenes internacionales.

Según Werle y Jessberger (2017, p. 81), no existe una obligación general de incluir los tipos penales del DIP en la legislación interna, incluso dentro del Estatuto de la CPI, aunque se espera que los Estados Parte ajusten su legislación penal para garantizar la persecución y sanción de los crímenes internacionales. Pese a que algunos defienden una interpretación teleológica del preámbulo del Estatuto que podría implicar una obligación de establecer jurisdicción en los Estados Parte (Kleffner, 2003), esta postura es minoritaria y criticada por su amplio alcance en la injerencia del derecho internacional en las legislaciones nacionales. De hecho, el Estatuto genera un fuerte incentivo práctico para la incorporación de crímenes e instituciones jurídicas de la CPI, más que una obligación legal (Cryer, 2005, p. 172). Lo anterior rompe con la tendencia de pensar que el derecho internacional está pretendiendo imponerse sobre las jurisdicciones nacionales y, más bien, reconoce que existen diferencias e intenta armonizarlas, para permitir un margen de pluralidad.

En línea con lo anterior, la cuestión del derecho procesal se ha zanjado bajo la denominada ‘cooperación vertical’ a falta de órganos ejecutivos en la jurisdicción internacional. Dentro de esa colaboración o articulación judicial que se pregona, se resalta —en esa visión de globalización— la especial atención que se presta a los tribunales: el juez gana visibilidad social y política dentro de esta relación vertical del derecho penal y procesal penal (Santos, 2009, p. 460). En efecto, “con la tendencia a la democratización, a la protección de los derechos humanos, a un interés renovado por el Estado de derecho, que es el de la estrategia a nivel global, el poder de los jueces se encuentra reforzado” (Arnaud, 2003, p. 19). El juez es visto como un verdadero creador del derecho; por ejemplo, Hayek (1982) considera que la

función del juez radica en enmendar alteraciones dentro de un orden social espontáneo, dándole así un papel relevante incluso sobre el del legislador.

3.1. Principio de complementariedad

La CPI cuenta con el reconocimiento absoluto del carácter de auténtica organización internacional, de manera que se constituye por Estados y se convierte en un instrumento de la cooperación interestatal para ejercer una jurisdicción penal internacional permanentemente. Ahora, si bien no existe un procedimiento internacional armonizado relativo a la aplicación nacional de una solicitud de colaboración por parte de la CPI, es cierto que existe una cláusula general de cooperación frente a los procedimientos aplicables en el derecho interno.⁵ Pues bien, esa articulación entre Estados y la CPI, enmarcada en compromisos de cooperación, “sigue un principio *sui generis*, a saber, el principio de complementariedad” (Werle & Jessberger, p. 183).

Al margen de la tradicional definición de complementariedad, la doctrina ha desarrollado el concepto de complementariedad positiva como mecanismo para distribuir la autoridad entre los Estados y la CPI, con la que reconoce una competencia compartida lejos de esa exclusiva de un poder soberano y, tal vez, incluso, preceptuando un deber compartido de las instituciones nacionales e internacionales para ayudar a poner fin a la impunidad (Burke-White, 2008). Con ello no solo se preserva la primacía de la jurisdicción nacional, sino que se crean incentivos para que los Estados lleven a cabo verdaderas investigaciones y enjuiciamientos (Stahn, 2011, p. 264).

La complementariedad, en últimas, es el mecanismo procesal que permite encontrar un punto medio en la puja entre la soberanía de alto valor identitario y la defensa de los valores propios de un orden constitucional internacional pues su desarrollo garantiza el ejercicio de la “competencia de la competencia” (Quesada Alcalá, 2005, p. 322), y la regulación de la admisibilidad es una cláusula de salvaguardia de la soberanía estatal (Bartos, 2011, p. 591). Es necesario detenerse sobre este segundo aspecto, pues, como lo señala la jurisprudencia de la CPI (2009), esta debe hacer un examen previo para poner en marcha su modelo jurisdiccional, analizando si hay investigaciones o enjuiciamientos en curso, si ha habido investigaciones en el pasado, y si el Estado que tiene jurisdicción, ha decidido no enjuiciar a la persona en cuestión, si existe voluntad para juzgar o si existe capacidad para ello.

5 CPI. Estatuto de Roma, art. 88 y ss. El Estatuto prevé, igualmente, relaciones de cooperación en un doble sentido, como se desprende del artículo 93.10.a.

3.2. Deber de investigar, perseguir y castigar crímenes internacionales

La doctrina mayoritaria sostiene la existencia de un deber internacional de castigar ciertos delitos en aras de proteger la dignidad humana (Ambos, 2013, p. 430). Este debate sobre el castigo sin soberano y el ejercicio del *ius puniendi* en el DIP subraya la importancia de la jurisdicción como garantía procesal, ya que conlleva una potestad constitucional con implicaciones políticas. Independientemente de esta discusión, diversos instrumentos internacionales y decisiones judiciales sugieren una obligación *ius cogens* de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales:

Así, la facultad del derecho nacional de no penalizar actúa como un reflejo del deber internacional de castigar, y se encuentra delimitada por este. En otras palabras: la competencia, para no penalizar o castigar determinados hechos, puede ir solo hasta donde no se contraría el deber internacional de penalización (Ambos, 1999, p. 66).

El contenido que tradicionalmente se le ha dado a esta obligación es el de persecución a través de un sistema de justicia penal en sede judicial (Messuti, 2013, p. 156). No obstante, doctrina más reciente y experiencias especialmente en escenarios de transición han sugerido que el paradigma de la justicia penal internacional no es incompatible con las iniciativas locales para superar las atrocidades del pasado (Bornkamn, 2012, p. 100), acudiendo a mecanismos pluralistas.

Ahora, en este análisis, se pretende situar el contenido de esta obligación fuera de su concepción tradicional desde la sede judicial penal, especialmente en asuntos procesales, para plantear qué mecanismos alternativos locales —por ejemplo, partiendo de procesos de hibridación jurídica— pueden ser suficientes para cumplir con la obligación del Estado de perseguir estos crímenes más graves. En efecto, no existe una obligación de adoptar procedimientos que figuran en el Estatuto de Roma y tampoco desde una interpretación teleológica de la norma; puede desprenderse que el propósito de la CPI sea el de imponer un procedimiento universal criminal.⁶ De hecho, se espera que la CPI muestre deferencia a los enfoques procesales nacionales. Desde luego, doctrinal y jurisprudencialmente, se ha sostenido la preocupación por las prácticas procesales divergentes y si esta “fragmentación” en el derecho procesal deviene en un problema para la justicia penal internacional.

6 El examen de admisibilidad que ejerce la CPI, con base en el artículo 17 del Estatuto de Roma, analiza que los procedimientos se ciñan a los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional, que no haya mala fe, que no exista un colapso total o sustancial de la administración de justicia, o al hecho de que se carezca de ella.

Pues bien, al respecto, Nerlich (2013) aterriza elocuentemente el problema cuando indica que sería problemático pretender que los procedimientos de persecución de estos crímenes se alinearan en la misma dirección que los implementados por las normas internacionales, pues estos son consecuencia de aspectos culturales domésticos, con lo que se reconoce el carácter cultural del conflicto, anunciado desde el albor de este trabajo, y que la única exigencia que ha de observarse es el respeto de los estándares internacionales de protección a los derechos humanos:⁷

In this regard, it is useful to recall that procedural diversity across jurisdictions is the norm rather than the exception, even in cases with an international dimension. [...]

Procedural diversity also exists in the prosecution of international crimes before domestic courts. While domestic laws implementing substantive international criminal law should mirror, to the extent possible, the underlying international norms, it has never been suggested that in the adjudication of such cases, domestic courts should follow a set of common procedural rules. Such an approach would be highly problematic, given that the differences in procedural traditions are often expressions of cultural differences more generally. It would be difficult, if not impossible, to find a set of procedural rules that fits all domestic jurisdictions.

There is, of course, a lowest common denominator for any criminal jurisdiction trying international crimes, be it domestic, internationalized or international: the accepted standards of international human rights law.

Con todo, el sistema de complementariedad establecido por el Estatuto de Roma tiene como objetivo salvaguardar la soberanía estatal al permitir que los Estados definan los procedimientos de investigación y enjuiciamiento de los crímenes más graves, por lo problemático que resultaría pretender que los procedimientos para perseguir estos crímenes estuviesen reglados exclusivamente en lineamientos de normas internacionales, cuando los conflictos nacen de aspectos culturales propios de cada territorio. En ese orden de ideas, la exigencia está encaminada a cumplir con estándares internacionales de derechos humanos o incluso de constitucionalización del derecho internacional. En este contexto, el papel central del juez se ha

7 Los Estados deben tener en cuenta los principios constitucionales y las leyes de derechos humanos pertinentes, como la prohibición de los castigos crueles, inhumanos o degradantes y deben alinearse con otros instrumentos internacionales, como con lo dispuesto en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

fortalecido debido a la globalización y la desmitificación del papel del legislador como el único creador del derecho (Carnelutti, 1964).

La propuesta de ejercer jurisdicción interna sobre crímenes internacionales dentro del marco del pluralismo jurídico implica que el juzgador recupere una función creativa del derecho. Con el desarrollo global, la importancia del juez ha aumentado a nivel local (Arnaud, 2003, p. 21), lo que sugiere una reconstrucción de su rol desde una perspectiva pluralista débil, que no niega la tradición monista, pero permite la adaptación a nuevas formas de resolución de conflictos. Los modos alternativos, incluidos los informales, están transformando el esquema tradicional del proceso judicial, que redefine el papel del juez en la administración de justicia.

4. Pluralismo jurídico de anclaje monista

A nivel global, la aplicación del derecho, especialmente en el ámbito del DIP, se enfrenta a una diversidad de sistemas normativos y reclamaciones jurisdiccionales, abordadas mediante principios e instituciones desarrolladas por el derecho internacional, como la complementariedad. Las comunidades locales se ven afectadas por esta variedad de normativas y jurisdicciones extranjeras, y el pluralismo jurídico emerge como un marco útil para conceptualizar esta interacción y su potencial eficacia (Schiff Berman, 2020, p. 9).

La propuesta inicial sugiere entender el pluralismo jurídico como un fenómeno de anclaje monista: considerar al Estado como una entidad esencial caracterizada por su heterogeneidad interna. Santos (2009) señala que esta heterogeneidad puede extenderse a distintos contextos, como el de la legalidad, especialmente debido a la fragmentación del sistema jurídico oficial. En este escenario, surge un pluralismo jurídico interno que debe armonizarse no solo con el derecho estatal hegemónico, sino también con la diversidad global, de manera colaborativa.

El anclaje monista implica apelar a una visión de pluralismo jurídico estatal o débil, que se aleje de la visión expuesta por los científicos jurídicos; así, en este caso son instrumentos del establecimiento jurídico, como los de resorte constitucional, los que dan validez a estos regímenes. En este sistema de pluralismo, los regímenes jurídicos paralelos, dependientes de un sistema jurídico estatal, son el resultado del reconocimiento por parte del Estado y sus desarrollos preexistentes de derechos consuetudinarios (Griffith, 2007, p. 152). Así las cosas, toma relevancia el concepto de *hibridación jurídica* para entender la relación entre derechos descentralizados y derecho estatal y, a su vez, la relación entre el derecho local y el global.

Pues bien, el derecho, como se ha presentado, es poroso y puede constituirse por múltiples redes de órdenes jurídicos que fuerzan a transiciones y transgresiones,

bajo procesos de interlegalidad, esto es, bajo procesos sociales de interpenetración de varios espacios legales en un mismo espacio geográfico (Hoekema, 2014, p. 425). Este trabazón, de por sí complejo, se intrinca aún más cuando se analizan las producciones descentralizadas y centralizadas del derecho penal por su impacto social y político.

En el ámbito del derecho comunitario, al igual que en el DIP, su aplicación desde una perspectiva normativa presupone la existencia de un orden jurídico, al menos, similar al de un Estado. Por ejemplo, en referencia al concepto de pena, Ambos (2013, p. 415, citando a Günther Jakobs) señala que un sistema de juzgamiento implica un orden normativo reconocido por la sociedad en su conjunto y que determina los contenidos de la comunicación social. De esta manera, el derecho penal descentralizado enfrenta el mismo debate sobre el castigo sin soberano y su capacidad de ejercer el *ius puniendi*, especialmente cuando se consideran mecanismos no ordinarios en el DIP.

Algunos autores argumentan que la propuesta de utilizar mecanismos alternativos de justicia que apliquen el derecho penal contradice los principios fundamentales del Estado de derecho, como la unidad jurisdiccional (Fairén Guillén, 1992, p. 119) y la igualdad (Díez- Picazo, 1991, p. 35). El principio de unidad jurisdiccional, como garantía de la jurisdicción, desempeña un papel crucial en la salvaguarda de la independencia judicial (Bujosa Vadell, 1997) y su afirmación por parte de los órganos judiciales es indispensable, incluso para aquellos cuya legitimidad no se derive únicamente del monopolio jurídico.⁸

Aunque la enunciación misma de este último principio pareciese oponerse a la idea de una pluralidad de leyes con compromiso ideológico y cultural, integrado por un conglomerado más o menos diverso de fenómenos, en los términos de Peter Sack y Minchin (1986, p. 152), lo cierto es que el principio de unidad jurisdiccional no es contradictorio a la óptica del pluralismo jurídico débil, ni su consagración en los distintos órdenes jurídicos se entiende como absoluta; por el contrario, le reafirma, pues este supone la validez de la norma fundamental de regímenes jurídicos distintos para grupos diferentes de la población.

Varias experiencias muestran la previsión legal e incluso constitucional del reconocimiento de órdenes jurídicos distintos al ordinario. En Colombia, el Estado social de derecho reconocido en la Constitución implica el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos activos de derechos. El artículo 246 establece el

8 Si se defiende la tesis de que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos cumplen con el estándar exigido por la CPI para superar el examen de complementariedad, estos deben observar, de manera irrestricta, la garantía de independencia judicial.

ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las comunidades indígenas, según sus propias normas y procedimientos, donde el fuero indígena es una medida protectora de la conciencia étnica. Del mismo modo, también se tiene prevista la creación de jueces de paz para resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios, quienes podrán ser elegidos democráticamente (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-617 de 2010; Auto A-138 de 2022).

Otros ejemplos de reconocimiento de derechos no ordinarios incluyen la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina en Bolivia, en la cual, el artículo 191 y subsiguientes de la Carta Política reconocen: “las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”. En cierta medida se le da amplitud a las competencias de la jurisdicción indígena, añadiendo que sus decisiones tienen una base definitiva que no podrá ser revisada por la justicia ordinaria. Por su parte, en Perú se reconoce constitucionalmente a las autoridades de las comunidades campesinas en el artículo 149 de la Constitución Política de 1993. Estas comunidades tienen funciones jurisdiccionales de acuerdo con el derecho consuetudinario, siempre y cuando se hallen en armonía con la pluralidad jurídica presente en ese país. En España, a pesar de la afirmación reforzada del principio de unidad jurisdiccional en respuesta a la proliferación de tribunales especializados durante el régimen franquista, se identifican las aspiraciones de igualdad en el acceso a la administración de justicia en el sistema democrático actual. No obstante, la configuración normativa española, que plantea a la unidad jurisdiccional como principio rector, no lo entiende de forma absoluta.⁹

Pues bien, a modo de enunciación, por su relevancia como experiencia de aplicación del DIP en una instancia tradicional de resolución de conflictos y ejemplo práctico de pluralismo jurídico débil, es relevante considerar el sistema comunitario de los Tribunales *Gacaca* de Ruanda, cuya implementación contó con validez constitucional y legal.¹⁰ Del mismo modo, una experiencia similar es identificable

9 El artículo 117.5. de la Constitución Española y el artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevén que la jurisdicción es única y que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. Sin embargo, este último precepto legal contempla que la Constitución puede conferir potestades jurisdiccionales a otros órganos, tal como ocurre en el artículo 125 superior que reconoce el funcionamiento de tribunales consuetudinarios y tradicionales. Esta disposición abre la puerta al pluralismo jurídico débil y a la aplicación de poderes descentralizados, como el del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia o el del Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia.

10 El artículo 91 de la Constitución de 1991 preceptuaba que cualquier jurisdicción que pretendiese establecerse requería el trámite de una ley orgánica. Así, la Ley Orgánica 40 de 2000 estableció las “jurisdicciones *Gacaca*” y organizó el enjuiciamiento de los delitos constituyentes del crimen de genocidio y lesa humanidad, cometidos entre el 1 de octubre de 1990 y el 31 de diciembre de 1994.

en Uganda, donde el Gobierno y el Ejército de Resistencia del Señor suscribieron un acuerdo de responsabilización y reconciliación, con la observancia del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas. Allí toman relevancia los mecanismos alternativos de administración de justicia para promover la reconciliación por medio de los procedimientos tradicionales *Mato Oput*.¹¹

En síntesis, el pluralismo jurídico débil permite la validación de regímenes jurídicos diversos al estatal sin negar el anclaje monista del derecho. Aun así, es necesario que los derechos oficiales y no oficiales dialoguen entre sí.

Las experiencias mencionadas representan un fenómeno único derivado de las amplias facultades para enjuiciar y condenar a los responsables de crímenes graves y reflejan una tendencia generalizada, especialmente en África, de confiar más en los mecanismos tradicionales para la reconstrucción de comunidades afectadas por atrocidades masivas.

La comprensión de estos fenómenos de hibridación requiere destacar características comunes del origen y manejo del conflicto en estas sociedades. Los Tribunales *Gacaca* de Ruanda y el sistema de *Mato Oput* de Uganda son ejemplos destacados de instituciones jurídicas híbridas, marcadas por dicotomías como oficial/no oficial y una pluralidad jurídica monocultural basada en la noción de nación. Esta pluralidad jurídica ha implicado cambios en los procedimientos ordinarios para manejar el conflicto, con la intención de abordar intereses sustanciales e interpretaciones culturales fundamentales para alcanzar los objetivos de transición hacia la paz.

5. Tribunales Gacaca de Ruanda

Tradicionalmente, el sistema de resolución de conflictos *Gacaca* se ha caracterizado por su carácter informal, restaurativo y participativo, siguiendo el modelo de rasgos típicos comúnmente atribuidos a los sistemas de justicia tradicionales africanos (Molenaar, 2005, p. 13); no obstante, el carácter predominantemente retributivo del nuevo sistema se desvía fundamentalmente de la idea en la que se basa la *Gacaca* tradicional (Bornkamn, 2012).

En Ruanda, la dicotomía oficial/no oficial del nuevo sistema o de *Inkiko Gacaca*, como se denomina a esta reinención de lo tradicional, es apreciable en el reconocimiento legal de este en la Ley Orgánica 40/2000 de 26 de enero de 2001 con autonomía jurisdiccional y de procedimiento, sin que se integre al Código de Organización

11 Carta de fecha 16 de julio de 2007 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Uganda ante las Naciones Unidas. La contemplación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, especialmente, en materia penal son una muestra de pluralismo jurídico débil.

y Jurisdicción Judicial del Decreto-Ley 09/1980.¹² Ciertamente, la conformación de estos tribunales respondió a un reclamo de democratización de los procedimientos, la decisión final sobre la responsabilidad penal de los enjuiciados recaía sobre *Inyangamugayo*, integrados por cuerpos colegiados.¹³

La decisión de excluir este sistema de la organización judicial ruandesa, de acuerdo con los argumentos expuestos por la Asamblea Nacional de Transición, responde a la necesidad de lograr la reconciliación y la justicia en el país, de rehabilitar la sociedad ruandesa y de erradicar la cultura y el sentimiento de la impunidad que dejó el trabajo adelantado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).¹⁴

En efecto, a pesar de las críticas sobre la demora y mala gestión del TPIR, lo cierto es que la opinión internacional, en términos generales, es positiva por la meticulosa acumulación de pruebas y documentación de los actos genocidas, así como por el reconocimiento internacional del alcance de estos crímenes. No obstante, los ruandeses sintieron desconexión de la justicia que se impartió en Arusha, como documentaron Strain y Keyes (2003, p. 108). En palabras de Bornkamn (2012), la forma de justicia que representa el tribunal no tenía nada que ver con la población (p. 30). En ese sentido, se tiene que no se cumplen los objetivos de reconciliación nacional ni de restablecimiento y mantenimiento de la paz.

Con todo, la correspondencia en la intención de investigar y juzgar crímenes puede llevar a que tribunales nacionales e internacionales reclamen, al mismo tiempo, el ejercicio de su competencia para la persecución penal. El ejercicio de la competencia en el TPIR, a diferencia de la óptica actual de la complementariedad, se abordó desde la primacía. Si bien su Estatuto, en el artículo 8, y las Reglas de Procedimiento y Prueba, en la segunda parte, reconocen que los tribunales nacionales tienen jurisdicción concurrente sobre los delitos de su competencia, este otorga a los organismos internacionales primacía. Lo anterior es fácilmente identificable

12 No obstante, el trámite previsto en la sección tercera del capítulo sexto del título tercero de la Ley Orgánica 40/2000 prevé la posibilidad de recurrir en casación cierto tipo de sentencias pronunciadas por los Tribunales Gacaca; estos recursos son resueltos por la Corte de Casación referenciada en el artículo 35 del Código de Organización y Jurisdicción Judicial.

13 Conforme los artículos 09 y 10 de la Ley Orgánica 40/2000 correspondía al Presidente de la República determinar, mediante orden, las modalidades de organización de las elecciones de los miembros de los órganos de la "Jurisdicción Gacaca", que debían caracterizarse por ser ruandeses honrados elegidos por las asambleas generales de las comunidades en que residen. En ese sentido, el artículo 07 de la Orden Presidencial n° 12/01 de 26 de junio de 2001 estableció las modalidades de organización de las elecciones de miembros de los Tribunales.

14 Consideraciones de la Ley Orgánica 40/2000 de 26/01/2001 por la que se establecen las "Jurisdicciones Gacaca" y se organiza el enjuiciamiento de los delitos constitutivos de genocidio o de crímenes contra la humanidad, cometidos entre el 1 de octubre de 1990 y el 31 de diciembre de 1994.

en la jurisprudencia del tribunal internacional en el caso seguido contra Elizaphan y Gérard Ntakirutimana, en la decisión del 21 de febrero de 2003, por ejemplo.

Si bien no es clara la relación entre ambas jurisdicciones y, por consiguiente, esa armonización entre lo global y lo local, la primacía del TPIR se centró en investigar y juzgar a una primera categoría de actos constitutivos del genocidio, como planearlo u organizarlo, cometer agresiones sexuales y perpetrar homicidios múltiples; por su parte, la jurisdicción *Gacaca*, aunque reclamó competencia sobre estos actos y máximos responsables, conforme el artículo 51 de la Ley Orgánica 16/2004, con lo que logró obtener algunas condenas adicionales a las presentadas por el tribunal internacional, centró su trabajo en perseguir a una segunda categoría de delitos de menor entidad (Chakravarty, 2005).

Ahora, la experiencia ha sido objeto de críticas, especialmente desde la perspectiva del relativismo cultural. Se cuestiona la aplicación de los principios de debido proceso y juicio justo, derivados de las convenciones de derechos humanos occidentales en las distintas reglas de procedimiento utilizadas en los tribunales. Es importante destacar que tanto los sistemas *Gacaca* en Ruanda como el *Mato Oput* en Uganda tienen su fundamento en el derecho consuetudinario. Argumentar que este sistema es inherentemente contrario a los derechos humanos debido a su origen no occidental refleja una comprensión limitada de la diversidad y adaptabilidad del derecho consuetudinario, lo que puede cuestionar la universalidad de los derechos humanos (Longman, 2006, p. 213).

La adaptación del derecho consuetudinario a los desarrollos modernos de la teoría del derecho, especialmente, del derecho penal, implica su integración con modelos estatales, la dogmática jurídica, la estructura de la teoría del delito y el procedimiento penal dentro de un marco constitucional. Una constitución establece principios que definen un marco político-criminal general para el legislador, el juez y los estudiosos del derecho penal (Berdugo Gómez de la Torre, 2012, p. 108). En Ruanda, el principio del juicio justo está consagrado tanto en la Constitución (artículos 29, 150 y 151) como en el bloque de constitucionalidad, que incluye obligaciones internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

6. DIP y mecanismos alternativos de resolución de conflictos

En los conflictos que se asientan sobre definiciones culturales, la cultura modela cómo los individuos entienden sus respectivos mundos sociales, clasifican a la gente, evalúan las posibles acciones y sancionan ciertas respuestas y no otras (Ross,

1995). Este carácter cultural ha permitido a las sociedades históricamente encontrar en sus usos y costumbres salidas arraigadas a sus formas de vivir y relacionarse y es la base para entender la justicia comunitaria como una alternativa histórica.

Los procedimientos que resuelven conflictos sociales tienen una alta carga cultural y comunitaria. La justificación para castigar en una sociedad, así lo entiende Duff (1991) respecto al DIP, no comienza con un pensamiento impersonal que dice “ellos deben ser castigados” (p. 233), sino con el pensamiento personalizado y colectivo que afirma que “debemos convocarlos a que den cuenta de lo que han hecho” (Gargarella, 2008, p. 119). Lo anterior plantea que el procedimiento penal pretende que el acusado participe en un diálogo racional sobre la justicia de la acusación a la que se enfrenta (Zehr, 2005, p. 97), por la que deviene necesaria la reconstrucción del tejido comunitario.

En este contexto, la complementariedad entre la obligación de castigar impuesta por el Estatuto de Roma y las formas de justicia consuetudinaria ofrece un espacio interesante para la coexistencia de ambos sistemas. Si bien la CPI busca principalmente prevenir la impunidad de los crímenes más graves, los mecanismos alternativos se centran en la reconstrucción social y comunitaria a través de la reconciliación, la restauración y el perdón, en lugar de la mera retribución penal.

7. La justicia comunitaria como una alternativa histórica

Es común caer en la falacia de interpretar la historia como un progreso lineal, especialmente en el ámbito de los paradigmas penales, donde se considera que abandonar las antiguas formas de resolver conflictos representa un avance en la garantía de justicia y derechos en general. Según Zehr (2005), se tiende a caracterizar a los sistemas pasados de justicia como “privados” debido al uso de la venganza desmedida, en contraste con el moderno sistema público de justicia, que se percibe como más controlado (p. 97). Sin embargo, la realidad es más compleja que esta imagen convencional.

La llamada justicia “privada” no siempre fue privada ni se basaba esencialmente en la venganza; tanto la negociación como la restitución eran formas comunes de resolver conflictos, y la comunidad desempeñaba un papel fundamental en este proceso (Zehr, 2005, p. 99). Estas soluciones “privadas” no son necesariamente más punitivas, restrictivas o menos ilustradas que las propuestas por la justicia estatal; de hecho, la justicia pública puede adoptar un enfoque más punitivo. Históricamente, se ha sugerido una dialéctica entre dos modelos básicos de derecho o justicia: la comunidad y el Estado (Lenman & Parker, 1980). Sin embargo, en un punto crucial de la reconstrucción histórica, la visión de la justicia estatal prevaleció en

la aplicación del derecho penal. Pese a ello, hay autores como Zaffaroni (1998), quienes consideran que el sistema penal oficial es una manifestación del poder social que pretende mostrarse como un ejercicio de poder planificado racionalmente, pero que su falta de coherencia en el discurso jurídico penal y la falta de valor de verdad en su operatividad social le arrebatan la legitimidad que pregona.

Se hace necesario un cambio de paradigma, pues el marco histórico es un condicionante de los debates que deben abordarse en el derecho penal (Berdugo de La Torre, p. 96). La pregunta es si ese cambio puede basarse en elementos del pasado. Para la justicia comunitaria, los casos penales son importantes por la forma en que la criminalidad afecta la vida en comunidad, de allí que el tratamiento penal se justifique sobre la base de esa afectación (Crawford & Clear, 2001, p. 128). El manejo de los casos debe prever una experiencia colectiva, es una visión de justicia ‘deliberativa’, se trata de que la gente delibere sobre las consecuencias de los delitos y sobre cómo tratarlos para evitar que se repitan. Como adujo John Braithwaite (1995, p. 329), la justicia comunitaria y la reparadora devuelven a los ciudadanos el control deliberativo de la justicia.

El crimen es el símbolo más emotivo de la comunidad perdida (Abel 1995); de allí, que las formas comunitarias y restaurativas intenten revivir alguna noción de comunidad, reciprocidad o confianza cívica. Estas demandan la articulación del Estado, los usos, las costumbres y la sociedad civil para dotar al aparato de justicia penal —entendido fuera de los términos expresados por Zaffaroni (1998) para referirse al sistema penal formal— de proclamas duales de globalización y localización.

En un modelo de justicia comunitaria, cuatro son las características que los distinguen: 1) accesibilidad de los ciudadanos al proceso de justicia, 2) participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de justicia, 3) actividades de justicia restaurativa y 4) reintegración social de las víctimas y los delincuentes (Karp & Walther, 2001).

La justicia comunitaria y la justicia restaurativa, aunque diferentes en su conceptualización, persiguen objetivos comunes, ambas implican un cambio de la responsabilidad pasiva a la que los delincuentes son sometidos por los profesionales, por una responsabilidad activa de los ciudadanos para hacer las cosas bien en el futuro. La responsabilidad activa es una virtud de la participación cívica (Braithwaite, 2004). Esta visión ha tomado relevancia en escenarios de superación de conflictos y representa la base teórica de las experiencias *Gacaca* y *Mato Oput*, que conocieron de los crímenes más graves. Aun así, es necesario plantear unos límites a los mecanismos comunitarios y restaurativos al momento de abordar problemas penales, por su importancia en la fuerte restricción de derechos fundamentales en el ejercicio del

ius puniendi, incluso, si se trata de aplicar estos modelos a los casos de grandes violaciones a intereses universales. En palabras de Braithwaite (2003), es necesario especificar buenas razones —adecuadas para la esfera pública en una sociedad democrática moderna— para justificar las intervenciones de la justicia reparadora.

8. El examen de complementariedad y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos

Se ha reseñado que la posibilidad de aplicar funciones jurisdiccionales no ordinarias al DIP se encuentra delimitada por la protección y los estándares internacionales de derechos humanos. Esta posición ha sido abordada, incluso, por la jurisprudencia de la CPI en sus pronunciamientos sobre la relación entre la complementariedad y la garantía de los derechos de la defensa (*Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, párrs. 82-ss). Aunque la CPI no es un “tribunal de derechos humanos”, las normas de derechos humanos deben seguir siendo pertinentes y útiles para evaluar si los procedimientos, en los órdenes nacionales, se llevan a cabo de forma genuina.¹⁵

Esta remisión a los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de derechos humanos, si bien no son vinculantes en materia de complementariedad, otorgan elementos para reconstruir los requisitos de cumplimiento por parte de las distintas jurisdicciones nacionales —oficiales o no—, que deben observarse en el examen, pues existe un núcleo inviolable de derechos y garantías por todo el sistema penal (Borja Jiménez, 2012, p. 170), sin ser excepción alguna el presentado por el poder descentralizado. Adicionalmente, la jurisprudencia de los distintos tribunales de derechos humanos, a la hora de analizar la responsabilidad de los Estados, apela a los conceptos de ‘conducta de las autoridades judiciales’¹⁶ y ‘análisis global de procedimiento’¹⁷ reseñando un preciso mapa general del funcionamiento del aparato judicial que puede servir de contextualización para la CPI.

8.1. Función punitiva en las alternativas al proceso penal internacional

El principio de complementariedad, tal como lo define el artículo 17 del Estatuto de Roma, establece que los sistemas nacionales o locales deben ser genuinos en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes internacionales para evitar

15 Véase, CPI. Documento informal de expertos: El principio de complementariedad en la práctica. ICC-01/04-01/07-1015-Anx 01-04-2009 1/37 VW T.

16 Véase, Corte IDH. *Genie Lacayo c. Nicaragua*, “Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas”, párr. 80. En el mismo sentido, TEDH. *Caso Motta c. Italia*, juicio del 19 de febrero de 1991; TEDH. *Caso Ruiz Mateos c. España*, juicio de 23 de junio de 1993.

17 Véase, TEDH. *Motta c. Italia*, Op. cit., párr. 24. Véase, también, TEDH. *Vernillo c. Francia*, juicio de 20 de febrero de 1991; TEDH. *Unión Alimentaria Sanders c. España*, juicio de 07 de julio de 1989.

la intervención de la CPI. Este genuino compromiso no se limita únicamente al cumplimiento del debido proceso, sino también a que las alternativas procesales cumplan con las funciones punitivas del derecho penal.

Las formas tradicionales de justicia se enfocan en la reconciliación y restauración de la comunidad más que en la retribución punitiva tradicional. Sin embargo, surge la pregunta de si estas alternativas pueden cumplir con la función punitiva exigida por el DIP sin ser vistas como una forma encubierta de impunidad.

8.2. Los principios de imparcialidad e independencia

El examen de complementariedad que adelanta la CPI garantiza la observancia de importantes garantías dentro de los sistemas de enjuiciamiento domésticos como la voluntad y la capacidad de investigar, juzgar y sancionar, y el cumplimiento de la obligación de hacerlo, la celeridad, y la imparcialidad e independencia. Esta investigación ha priorizado el análisis de principios que se relacionan, en mayor medida, con el trabajo que adelantan instituciones de derecho consuetudinario al enfrentarse a problemas criminales complejos. Este examen incluye la observación de si los Estados utilizan mecanismos judiciales o extrajudiciales que, bajo la apariencia de legalidad, eluden su responsabilidad de perseguir a los culpables. Es aquí donde las estratagemas locales para no perseguir los crímenes internacionales o la incapacidad de hacerlo pueden resultar en una percepción de impunidad. La justicia consuetudinaria, por su enfoque restaurativo, puede parecer insuficiente desde el prisma punitivo tradicional si no cumple con el estándar de imponer un castigo acorde a la gravedad de los crímenes.

El carácter cultural del derecho consuetudinario imprime a sus procedimientos de resolución de conflictos una alta carga identitaria que tiende a confundirse con ideología, de allí, que se hayan construido críticas en torno a pretender relacionar la cosmovisión propia de las comunidades con la falta de independencia, o el juzgamiento por pares como ausencia de imparcialidad y, al igual que ocurre al relacionar los procesos de justicia transicional con el derecho de los vencedores, se desconoce la importancia de estos mecanismos y procesos en la reconstrucción del tejido social.

Este apartado no pretende reconstruir el marco de protección de los derechos que deben ser tenido en cuenta por la CPI en el examen de complementariedad ni señalar todas las garantías que deben observarse al momento de aceptar el funcionamiento de sistemas tradicionales por la imposibilidad práctica de abordar tan amplio espectro, por el contrario, se centra en analizar los dos principios procesales básicos de imparcialidad e independencia, en atención a las recurrentes críticas

a los mecanismos no oficiales en este sentido, por su relación directa con la obligación, voluntad y capacidad de investigar, juzgar y sancionar.

Pues bien, la imparcialidad e independencia tienden a ser conceptos que se confunden entre sí, de hecho, son conceptos indisolublemente unidos (Calvo Sánchez, 2008). No obstante, una aproximación académica a ambos principios exige señalar algunas características propias de cada uno. Ambos principios se asocian a atributos de la jurisdicción, su distinción está en cómo operan. La imparcialidad se caracteriza por operar en un aspecto dinámico y funcional —es un principio más pragmático—, mientras que la independencia mira preferentemente a la dimensión política de la justicia (Ibáñez, 2008, p. 49); en otras palabras, opera en una perspectiva más estática constitucionalmente.

De vieja data, la imparcialidad ha sido considerada como un pilar fundamental del derecho procesal, denota la prohibición de cualquier sesgo por parte del juzgador. Este principio asegura la equidad en la construcción del argumento y garantiza el cumplimiento del antiguo adagio *auditur et altera pars*. Además, como piedra angular del proceso judicial, encuentra su consagración tanto en el ámbito constitucional como en el legal.

Por su parte, aunque la independencia conserva una estrecha relación con la imparcialidad y se le puede asociar, desde un punto de vista procesal, como una condición de esta última,¹⁸ Ferrer Arroyo (2015) la entiende como la autonomía del órgano decisor a la influencia de otros poderes. El enfoque de exigibilidad de este principio no importa únicamente a los distintos magistrados, sino al sistema judicial mismo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha indicado que para determinar si un órgano puede considerarse independiente, hay que tener en cuenta, entre otras cosas, la forma de designación de sus miembros y su mandato, la existencia de garantías contra las presiones externas y si el órgano presenta una apariencia de independencia.¹⁹ A su turno, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el Informe sobre terrorismo y derechos humanos, del 22 de octubre de 2022, reseñó que el requisito de independencia requiere que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno; estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen o por cualquier razón, y cuenten con otras características necesarias para garantizar el cumplimiento apropiado e independiente de las funciones judiciales.

18 Si un órgano es dependiente, su funcionamiento se parcializa y se sesga en favor de los intereses espurios de los que depende.

19 Véase, TEDH, *Langborger c. Suecia*; “Juicio”; 11179/84; 22-06-1989; párr. 32.

9. Un nuevo reto para la admisibilidad en la CPI

Un sector de la doctrina defiende la posibilidad de que mecanismos alternativos domésticos de justicia, como *Mato Oput* o los Tribunales *Gacaca*, pueden garantizar a la CPI el cumplimiento de la obligación de perseguir bajo el principio de complementariedad (Keller, 2008). Sin embargo, aunque la CPI exige el enjuiciamiento, las disposiciones ambiguas dejan margen para los sistemas de justicia alternativa en circunstancias limitadas (Clark, 2005).

En efecto, el Estatuto prevé, en su artículo 20.3.b., la imposibilidad de juzgar a alguien que hubiese sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional; igualmente, las referencias del artículo 17.2. y la regla 51 de las Reglas de Procedimiento y Prueba contemplan la remisión a los distintos instrumentos de derecho internacional para determinar el incumplimiento por parte de un Estado de los requisitos procesales de imparcialidad e independencia de los sistemas de enjuiciamiento. No obstante, no se prevé una prohibición frente a que estos sistemas de enjuiciamiento deban responder a unas características específicas de institucionalidad; de hecho, el estándar para la intervención es lo suficientemente alto que exige que la falta de independencia e imparcialidad solo pueden ser motivo de admisibilidad si se cumple el requisito acumulativo de que sean “incompatibles con la intención de llevar al interesado ante la justicia” (Nouwen, 2011, p. 1128). Estos criterios establecen estándares claros que deben cumplir los procedimientos domésticos para que los casos sean inadmisibles ante la CPI.

En este contexto, el respeto a los estándares internacionales del debido proceso y la observancia de los principios fundamentales del derecho procesal, como la garantía de sistemas judiciales independientes e imparciales, allanan el camino para que la CPI reconozca los mecanismos alternativos de resolución de conflictos con enfoque comunitario y restaurativo.

Durante los diálogos de paz en Uganda, la CPI enfatizó la responsabilidad del Estado de investigar, perseguir y enjuiciar a los rebeldes. Sin embargo, el debate continúa en la teoría, especialmente tras el fracaso de las negociaciones y las decisiones de las Salas Preliminares de la CPI de no revisar la determinación positiva de la admisibilidad, ante la preocupación por la falta de acción por parte de las autoridades nacionales (*Fiscal c. Kony et al.*, párr 52).

La viabilidad de reconocer jurisdicciones alternativas en la CPI persiste bajo la condición de cumplir con estándares internacionales. Aunque en el caso de Ruanda la complementariedad no se consideraba al evaluar la admisibilidad, es claro que un procedimiento distinto al convencional puede garantizar la imparcialidad

e independencia necesarias. Además, se reconoce la importancia del aspecto cultural en el proceso de restauración, vital para la recuperación de la sociedad tras crímenes graves.

El principio de complementariedad, tal como lo plantea el artículo 17 del Estatuto de Roma, permite que los sistemas nacionales e incluso comunitarios tengan la primacía en la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales, siempre que estos sean genuinos y respeten los estándares mínimos de derechos humanos. Esto abre la puerta para que mecanismos de justicia consuetudinaria, que buscan reconstruir la paz y la armonía dentro de las comunidades afectadas, puedan considerarse válidos. Además, la práctica de complementariedad positiva también sugiere que la CPI podría incentivar el uso de estos sistemas alternativos siempre que se demuestre que son capaces de llevar a cabo investigaciones y juicios efectivos que no den lugar a la impunidad. Así, se crea una oportunidad para una ‘hibridación jurídica’, en la que las formas tradicionales de justicia, enfocadas en la reintegración y la restauración comunitaria, complementen la obligación internacional de sancionar los crímenes más graves.

Finalmente, como refuerzo a la existencia de estos mecanismos, debe considerarse que, ante la inadmisibilidad de un caso por la CPI y la inactivación de su jurisdicción, no queda esta deslindada de los procedimientos nacionales y locales; por el contrario, en aplicación de la cooperación judicial y de esa relación de hibridación jurídica entre los distintos niveles, el mismo Estatuto de Roma, conforme el artículo 93.10., prevé la exigencia de cooperación entre los Estados y la CPI, y la asistencia por parte de esta última a un Estado Parte que lleve a cabo una investigación o sustancie un juicio por una conducta que constituya un crimen de la competencia de la CPI o un crimen grave con arreglo al derecho interno del Estado requirente sin importar que el Estado Parte apele a mecanismos alternativos para cumplir con su deber de investigar y juzgar.

Referencias

- Abel, R. (1995). Contested communities. *Journal of Law and Society*, 21(1), 113-126. Cardiff University Law School.
- Ambos, K. (2006). *La parte general del derecho penal internacional*. Temis.
- Ambos, K. (2013). Fundamentos y problemas del derecho penal y procesal penal internacional y europeo. UBI LEX Asociados.
- Ambos, K. (1999). Impunidad y derecho penal internacional. Ad-Hoc.

- Andaluz Vegacenteno, H. (2005). Positivismo normativo y derecho internacional. Plural Editores.
- Arnaud, A.-J., & Fariñas Dulce, M. J. (2006). Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.
- Arnaud, A.-J. (2003). Consideraciones sobre el juez y la función de juzgar en el siglo XXI. En R. A. Prieto Sanjuán (Coord.), Sociología jurídica: análisis del control y del conflicto sociales (pp. 15-34). Universidad Externado de Colombia.
- Batros, B. (2011). The evolution of the ICC jurisprudence on admissibility. En C. Stahn & M. M. El Zeidy (Eds.), The International Criminal Court and complementarity (Vol. 1, pp. 558-602). Cambridge University Press.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2012). *Viejo y Nuevo Derecho Penal: Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy*. Iustel
- Berdugo Gómez de la Torre, I., & Sanz Mulas, N. (Eds.). (2005). Derecho penal de la democracia vs seguridad pública. Editorial Comares.
- Borja Jimenez, E. (2012). Acerca de lo universal y lo particular del derecho penal. Tirant Lo Blanch.
- Bornkamn, P. C. (2012). Rwanda's gacaca courts: between retribution and reparation. Oxford University Press.
- Braithwaite, J. (2003). Principles of restorative justice. En A. von Hirsch, J. V. Roberts, A. Bottoms, K. Roach, & M. Schiff (Eds.), Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms? (pp. 1-20). Hart Publishing.
- Braithwaite, J. (2004). Restorative justice and de-professionalization. The Good Society, 13(1), 28-31.
- Braithwaite, J. (1995). Restorative justice. En M. Tonry (Ed.), Handbook of crime and punishment (pp. 323-344). Stanford University Press.
- Bujosa Vadell, L. M. (1997). La unidad jurisdiccional y la llamada jurisdicción militar. Justicia, (3-4), 989-1041.
- Burke-White, W. W. (2008). Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice. Criminal Law Forum, 19(1), 59-85.

- Burke-White, W. W. (2004). International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, 25, 963-979.
- Calvo Sánchez, M. del C. (2008). La abstención y recusación en la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Pensamiento Jurídico*, (21), 83-127.
- Carnelutti, F. (1964). Derecho consuetudinario y derecho legal. *Revista de Occidente*, II(10), 1-11.
- Chakravarty, A. (2006). Gacaca courts in Rwanda: explaining divisions within the human rights community. *Yale Journal of International Affairs*, 1(2), 132-145.
- Clark, T. H. (2005). The Prosecutor of the International Criminal Court, amnesties, and the “interests of justice”: Striking a delicate balance. *Washington University Global Studies Law Review*, 4(2), 389-414.
- Crawford, A., & Clear, T. (2001). Community justice: transforming communities through restorative justice? En G. Bazemore & M. Schiff (Eds.), *Restorative community justice: repairing harm and transforming communities* (pp. 127-149). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315721347-12>
- Cryer, R. (2005). *Prosecuting international crimes: selectivity and the international criminal law regime*. Cambridge University Press.
- Díez-Picazo, L. M. (1991). Régimen constitucional del poder judicial. *Cuadernos Civitas*.
- Duff, A. (1991). *Trials and punishments*. Cambridge University Press.
- Fairén Guillén, V. (1992). *Teoría general del derecho procesal*. Universidad Autónoma de México.
- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.
- Ferrer Arroyo, F. J. (2015). El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (14), 155-184.
- Gargarella, R. (2008). *De la injusticia penal a la justicia social*. Siglo del Hombre Editores.
- Garzón López, P. (2014). Pluralismo jurídico. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 5, 186-193.

- Griffith, J. (2007). ¿Qué es el pluralismo jurídico? En Merry, S. E., Griffiths, J. M., Tamanaha, B. Z., Ariza Higuera, L. J., Bonilla Maldonado, D. E., & Morales de Setién Ravina, C. F., *Pluralismo jurídico* (pp. 143-220). Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Pontificia Javeriana.
- Hafner, G. (2004). Pros and cons ensuing from fragmentation of international law. *Michigan Journal of International Law*, 25, 849-863.
- Hayek, F. A. von. (1982). *Law, legislation and liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy* (Vol. 1: Rules and order). Routledge – Kegan Paul.
- Hoekema, A. (2014). Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal. En A. Guevara Gil & A. Gálvez Rivas (Eds.), *Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales* (pp. 425-434). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ibáñez, P. A. (2008). Imparcialidad judicial e independencia judicial. *Estudios de Derecho judicial*, 151, 41-71.
- Karp, D., & Walther, L. (2001). Community boards in Vermont: Theory and practice. En G. Bazemore & M. Schiff (Eds.), *Restorative community justice: Repairing harm and transforming communities* (pp. 199-217). Anderson Publishing Co.
- Keller, L. M. (2008). Achieving peace with justice: The International Criminal Court and Ugandan alternative justice mechanisms. *Connecticut Journal of International Law*, 23(2), 209-275.
- Kleffner, J. K. (2003). The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law. *Journal of International Criminal Justice*, 1(1), 86-113.
- Koch JR, C. H. (2004). Judicial dialogue for legal multiculturalism. *Michigan Journal of International Law*, 25, 879-902.
- Lenman, B., & Parker, G. (1980). The state, the community and the criminal law in early modern Europe. En V. Gatrell, B. Lenman, & G. Parker (Eds.), *Crime and the law: The social history of crime in Western Europe since 1500* (pp. 11-48). Europa Publications.

- Longman, T. (2006). Justice in grassroots? Gacaca trials in Rwanda. In N. Roth-Arriaza & J. Mariezcurrena (Eds.), *Transitional justice in the twenty-first century* (pp. 206-228). Cambridge University Press.
- Messuti, A. (2013). Un deber ineludible: la obligación del Estado de perseguir penalmente los crímenes internacionales. Ediar.
- Molenaar, A. (2005). Gacaca, grassroots justice after genocide: the key to reconciliation in Rwanda? [en línea]. African Studies Centre. <https://hdl.handle.net/1887/4645>
- Nerlich, V. (2013). Daring diversity – why there is nothing wrong with ‘fragmentation’ in international criminal procedures. *Leiden Journal of International Law*, 26(4), 777-781.
- Nouwen, S. (2011). Complementarity in Uganda: Domestic diversity or international imposition? En C. Stahn & M. M. El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and complementarity* (Vol. 2, pp. 1120-1154). Cambridge University Press.
- Patiño González, M. C. (2008). Fundamentos constitucionales del sistema penal acusatorio y sus implicaciones en la labor del Ministerio Público. In *El Ministerio Público y el nuevo proceso penal: colección de ensayos* (pp. 97-133). Ministerio del Interior y de Justicia.
- Pawelyn, J. (2004). Bridging fragmentation and unity: International law as a universe of inter-connected islands. *Michigan Journal of International Law*, 25, 903-916.
- Quesada Alcalá, C. (2005). La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal. Tirant Lo Blanch.
- Ross, M. H. (1995). La cultura del conflicto: las diferencias interculturales en la práctica de la violencia. Paidós.
- Sack, P., & Minchin, E. (Eds.). (1986). *Legal pluralism: Proceedings of the Canberra Law Workshop VIII*. Universidad Nacional de Australia.
- Santos, B. de S. (2009). *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta.
- Schiff Berman, P. (2020). Understanding global legal pluralism: From local to global, from descriptive to normative. En P. Schiff Berman (Ed.), *The Oxford handbook of global legal pluralism* (pp. 1-35). Oxford University Press.

- Stahn, C. (2011). Taking complementarity seriously: On the sense and sensibility of 'classical', 'positive' and 'negative' complementarity. En C. Stahn & M. M. El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and complementarity* (Vol. 1, pp. 233-282). Cambridge University Press.
- Strain, J., & KEYES, E. (2003). Accountability in the aftermath of Rwanda's genocide. En J. E. Stromseth (Ed.), *Accountability for atrocities: national and international responses* (pp. 87-133). Transnational Publishers.
- Teubner, G. (1992). The two faces of Janus: Rethinking legal pluralism. *Cardozo Law Review*, 13, 1443-1462.
- Turner, J. I. (2019). Pluralism in international criminal procedure. En D. K. Brown, J. I. Turner, & B. Weisser (Eds.), *The Oxford handbook of criminal process* (pp. 993-1017). Oxford University Press.
- Van Sliedregt, E., & Vasiliev, S. (2014). Pluralism: A new framework for international criminal justice. En E. Van Sliedregt & S. Vasiliev (Eds.), *Pluralism in international criminal law* (pp. 3-38). Oxford University Press.
- Werle, G., & Jessberger, F. (2017). *Tratado de derecho penal internacional*. Tirant Lo Blanch.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática penal*. Ediar.
- Zagrebel'sky, G. (2007). *El derecho dúctil*. Trotta.
- Zehr, H. (2005). *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. Herald Press.