

La Corte Penal Internacional a examen. Valoración de sus primeros años de funcionamiento

Recensión a Stahn, Carsten / Sluiter, Göran, The emerging practice of the International Criminal Court, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, págs. 772.

Amparo Martínez Guerra

Universidad Pontificia de Comillas

*Pocas veces la publicación de una obra es tan acertada en tiempo como la editada por los profesores STAHN y SLUITER. El sistema de Justicia penal internacional en general, y la Corte Penal Internacional (CPI) en particular, se enfrentan a un siglo decisivo para su consolidación. Por ello obras como la actual, que suponen no sólo un magnífico debate sobre sus pros y sus contras, deberían haber estado muy presentes en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma (ER) celebrada Kampala entre los días 31 de mayo y 11 de junio de 2010.

El acierto de este trabajo radica también en la forma porque la selección y presentación de sus temas permite poner sobre la mesa algunos de los asuntos pendientes en la aprobación del ER y en la actividad desarrolladas por la CPI durante sus cinco primeros años de funcionamiento. El valor de la obra se multiplica si tenemos en cuenta la combinación de profesionales y académicos que participan en la misma, entre los que se encuentran CASSESE, OLÁSOLO, TRIFFTERER, AMBOS, SCHEFFER, CRYER, SCHABAS y BURKE-WHITE, entre otros. Pero sin duda alguna, uno de los aspectos más llamativos de este trabajo es la presentación de ADRIAAN BOS, presidente de los comités *ad hoc* y *Preparatorio* para el establecimiento de la CPI. En algo menos de ocho páginas, el también ex asesor del Ministro de Asuntos Exteriores holandés ofrece una breve y certera radiografía del impacto del establecimiento de la primera corte penal internacional de carácter permanente y de las dos cuestiones clave que, sobre todo a futuro, podrán condicionar el cumplimiento de sus objetivos. De un lado, su relación con la ONU y, en especial con el Consejo de Seguridad (CSNU). De otro, su coexistencia con los estados parte y no parte del sistema instaurado por el Estatuto.

El estudio sorprende además por su estructura simple y sencilla, pero a la vez extremadamente completa. Un primer análisis permite observar cómo se han abordado todos y cada uno de los temas más relevantes en el establecimiento de la CPI. Así, la obra se estructura en seis partes que, compuestas a su vez por un número variable de capítulos, estudian de forma homogénea y equilibrada aspectos concretos del funcionamiento de la Corte, de su relación con los estados y otras organizaciones internacionales y del papel de los estados en la persecución de crímenes internacionales a partir de 2002.

-I-

En la primera parte de la obra el juez PHILIPPE KIRSCH, primer presidente de la CPI, señala de forma muy breve las cuestiones claves de los cinco primeros años de funcionamiento de la institución. De todas ellas sobresale una que será retomada posteriormente en las contribuciones de muchos de los autores de esta obra: la cooperación de los estados. Ésta constituye también el eje central de la aportación del fiscal Jefe de la CPI, especialmente en lo referente a la labor investigadora atribuida a la Fiscalía. Así en la situación de Darfur, la

*Amparo Martínez Guerra es Doctora en Derecho Penal. Profesora de Derecho Penal Internacional de la Universidad Pontificia de Comillas, ICADE. *Hauser Global Fellow*, New York University 2007-2008. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto I+D SEJ2007-66573/JURI, MEC 2007-2011 *Nuevas reformas sustantivas y procesales en el Sistema Jurídico Penal*.

ausencia de cooperación por parte de Sudán ha llevado a la Fiscalía a utilizar otro tipo de medios y materiales indirectos como el informe de la Comisión Internacional de Investigación de la ONU¹. Darfur se ha convertido así en “... la primera investigación internacional que se llevó a cabo sin visitar la escena del crimen”².

De nuevo la cooperación de los estados ocupa un lugar destacado en las aportaciones de CASSESE Y HANS-PETER PAUL. El primero de ellos se ocupa además con detalle del necesario desarrollo de infraestructura de la CPI y la distribución de su presupuesto. El segundo, de la relación de la institución con las jurisdicciones nacionales, especialmente del estudio de las razones de admisibilidad desde la óptica de la naturaleza complementaria, aspectos ambos clave para conseguir un correcto funcionamiento de la Corte.

-II-

Bajo el título “*La relación con las jurisdicciones nacionales*”, la segunda parte aborda al análisis de las diferentes manifestaciones del principio de complementariedad del sistema de Justicia Penal Internacional instaurado por la CPI.

El *principio de complementariedad*, proclamado en el Preámbulo del ER, tiene una de sus primeras manifestaciones en el mecanismo de auto-remisión instaurado su artículo 13 a). Éste permite al estado parte reenviar a la CPI una situación en la existan indicios razonables de la comisión de crímenes de su competencia para que se encargue de su investigación y posterior procesamiento. Aunque en un primer momento la solución a la que se llegó en la *Conferencia de Roma* parecía respetar el carácter subsidiario de la Corte y la finalidad perseguida por la misma, la utilización de este mecanismo de iniciación de investigaciones hasta la fecha no ha sido del todo pacífica.

De las cinco situaciones sometidas actualmente a la CPI, las de Uganda, República Centroafricana, República Democrática del Congo y Kenia han sido remitidas por los propios estados a la Fiscalía para investigación de posibles delitos cometidos desde el 1 de julio de 2002³ en los tres primeros casos y durante el periodo postelectoral 2007-2008 en el último de ellos. Sobre ellas planea la sospecha de remisiones cuando menos “*interesadas*” por el gobierno de turno, que según KLEFFNER pudieran haber respondido más a motivaciones políticas que a la voluntad de investigar posibles crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio. Sin dejar de celebrar cualquier intento de impartir justicia sobre atrocidades como las cometidas en estos países, el autor propone diferenciar entre auto-remisiones que pretendan un uso torticero de la CPI y aquéllas que busquen depurar

¹ Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, disponible en http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf

² Luis MORENO OCAMPO, “The International Criminal Court in motion”, en Carsten STAHN/Göran SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, p. 15.

³ Cartas remitidas por los gobiernos de Uganda, República Centroafricana y República Democrática del Congo con fechas de 7 de enero de 2005 y 19 de abril de 2004, respectivamente.

responsabilidades penales. Incluir este criterio de interpretación entre los contenidos en el art. 17 ER permitiría a la Fiscalía valorar la voluntad o incapacidad del estado parte para asumir la investigación y enjuiciamiento de los hechos. A mi entender, si bien la auto-remisión *per se* pudiera perseguir un uso partidista por parte del gobierno nuevo o del de turno, el hecho de que el texto del ER hable de remitir “situaciones” a la Fiscalía contrarrestaría el efecto pernicioso del mecanismo con un doble efecto. En primer lugar porque, ante la sospecha de un uso interesado del mecanismo, la investigación realizada por la Fiscalía siempre sería más amplia e imparcial que la llevada a cabo por el estado remitente. En segundo lugar, porque el alcance del mecanismo de cooperación activado por la CPI sería infinitamente más amplio que cualquier otro que pudiera utilizarse a nivel estatal. Podrá argumentarse, tal y como hace el autor, que la auto-remisión llegaría a suponer una inversión *de facto* del principio de complementariedad. El dilema entre complementariedad *de iure* o justicia *de facto* debería resolverse atendiendo a la naturaleza de los delitos y a la finalidad perseguida por el ER.

La existencia de filtros como el art. 17 ER no ha impedido que Uganda utilizara la auto-remisión para perseguir y capturar a los líderes del LRA. Sin embargo, la firma del *Acuerdo sobre Responsabilidad y Reconciliación* entre el LRA y el Gobierno ugandés en 2008 obliga a explorar, según BURKE-WHITE Y KAPLAN, la flexibilidad del ER en posibles procesos de paz. Para ello, los autores realizan un extenso análisis del contenido y de las tres visiones sobre el *principio de admisibilidad* del art. 17 ER.

La otra cara de la moneda de las auto-remisiones es su retirada o retractación (*withdrawal*). Si el estado es soberano para remitir una situación a la CPI, *a priori* esa soberanía podría legitimar también una retirada de la misma. La cuestión de si la retirada de la remisión tendría o no cabida en los procedimientos ante la CPI es expuesta y argumentada de forma magistral por MOHAMED M. EL ZEIDY en el capítulo VI de esta obra. Para ello acude a los proyectos y *trabajos preparatorios*, pero también a una interpretación sistemática del ER a la luz del art. 56 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969 y de decisiones sobre la interpretación de tratados multilaterales de la Corte de Justicia Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La conclusión a la que llega el autor es que, de nuevo, se habrá de estar a la finalidad y objetivos perseguidos por los tratados que, en el caso de los multilaterales exceden del interés particular de los signatarios, máxime cuando estos instrumentos se dirigen a la protección de los Derechos Humanos. Esta postura permite mantener que las retiradas o retractaciones no serían admisibles cuando pudieran frustrar los objetivos perseguidos por el ER. El razonamiento lo hace extensible a las remisiones de estados parte conforme al art. 14 ER y a las declaraciones *ad hoc* previstas en el art. 12.3 ER. Muy interesante hubiera sido en este último caso abordar la problemática con respecto a la declaración de la Autoridad Nacional Palestina de 2 de enero de 2009, si bien es cierto que la fecha de publicación de la obra coincidió en el tiempo con la presentación de dicha declaración.

La cooperación vuelve a estar presente en la aportación del profesor ROBERT CRYER, quien aborda la misma desde el punto de vista de los estados no parte, *a priori* no vinculados. Esta afirmación, aparentemente categórica y resultado lógico del sistema de justicia penal internacional instaurado por el ER, presenta excepciones claras tras un análisis detallado del texto. Así, dejando a un lado la obligación de cooperar con la CPI de los estados no parte cuando el mecanismo de remisión utilizado haya sido el previsto en el art. 13 b)⁴, el profesor de la Universidad Birmingham llama la atención sobre las obligaciones previstas en los arts. 18, 93 y 98 ER.

En primer lugar, la cooperación indirecta con los estados no parte resulta ser una manifestación del principio de complementariedad del art. 18 ER. Conforme a este precepto el Fiscal cuando, mediante la remisión de una situación a través del art. 13 a) ER, determine que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación “*notificará a todos los Estados Partes y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate que pueda tener competencia sobre el asunto*”, circunstancia que impone además la obligación del estado de informar periódicamente a la Fiscalía sobre el desarrollo del procedimiento. En segundo lugar, y dentro del capítulo dedicado a la cooperación, el art. 93 ER establece la obligación de la CPI de prestar asistencia a estados parte y no parte en la persecución de los delitos sobre los que tiene competencia, hecho que a juicio de CRYER no hace sino mostrar una vez más la naturaleza y el carácter supranacional del tratado y de sus objetivos. Finalmente, la afectación involuntaria de estados no parte por el ER se refleja de manera clara en el contenido del art. 98 ER. Aunque a juicio del autor la interpretación conjunta de los arts. 27 y 98 ER supone una aceptación *de facto* de las inmunidades internacionales para jefes de estado y gobierno de estados no parte, no cabe duda de que el sistema de Justicia penal internacional es consciente de su gran debilidad. Tanto es así que, lejos de implementar una institución que imponga *a priori* obligaciones incompatibles con las contraídas previamente por los estados soberanos, el ER ha tratado con mayor o menor acierto de articular mecanismos que eviten esos dilemas e incentiven futuras ratificaciones.

Esos tres mecanismos serían, en palabras de CRYER, el reflejo del doble rol (diplomático y judicial) de la CPI y el mejor ejemplo de la imposibilidad de que instituciones de esta naturaleza, transcendencia y alcance no acaben afectando a terceros países. Ello no ha sido obstáculo para que alguno de ellos, a pesar de haber ratificado el ER, pudiera estar llevando a cabo actos tendentes a frustrar el objeto de un tratado, contraviniendo así el art. 18 del *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969.

La cooperación, aunque desde otro ángulo, vuelve a estar presente en la aportación de TOLBERT y KONTIC, que examinan la utilización del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) como instrumento de justicia transicional y, concretamente, la transmisión de los procesos del tribunal *ad hoc* a los tribunales nacionales. Como los propios autores señalan, hasta 2004 la cooperación entre las autoridades locales y el

⁴ Hasta la fecha ha sido únicamente utilizado para remitir la situación de Darfur mediante S/RES/1593 (2005) de 31 de marzo y recientemente la de Libia mediante S/RES/1970 (2011) de 26 de febrero.

personal del TPIY fue esporádica, siempre presidida por la idea de transmitir procesos que afectarían a acusados de nivel medio y bajo (*mid-lower level*) y reservando la actividad de La Haya para los máximos responsables. Esta política, que lejos de ser novedosa ya se utilizó durante la Segunda Guerra Mundial con la aplicación de la *Ley 10 de 1945 del Consejo de Control Aliado*, se ha visto acompañada de medidas de acercamiento del TPIY a la población como la redacción de un *Outreach Program* en las diversas lenguas de la región.

Aunque es cierto que un análisis completo del impacto de los tribunales penales internacionales *ad hoc* no puede obviar el debate en torno a su creación y, concretamente, a la composición y funcionamiento del CSNU, los autores subrayan que en el caso del TPIY, la transferencia de procedimientos ha sido altamente beneficiosa para la región desde que se pusiera en marcha en 2004. Ello no quiere decir que el proceso se haya llevado a cabo de forma automática y satisfactoria desde un primer momento, ya que la complejidad inherente a este tipo de conflictos ha hecho necesario “incentivar” la cooperación de los estados durante el proceso de transmisión a través de dos resoluciones del CSNU adoptadas con arreglo al capítulo VII de la Carta de la ONU⁵. Desde un punto de vista legal, el principal obstáculo al que se ha tenido que hacer frente ha sido la consecución de juicios justos e imparciales conforme a los estándares internacionales. Sin embargo, se echa en falta alguna reflexión sobre el coste económico de los tribunales *ad hoc* y en particular del TPIY, que si bien ha sido un aspecto poco publicitado en los debates doctrinales, ha tenido una influencia determinante en la postura adoptada por los Estados Unidos⁶.

Una vez más la cooperación se convierte en tema de discusión a través de la aportación de RASTAN, cerrando así la parte segunda de la obra. El ángulo desde el que se estudia esta vez es la ejecución de las decisiones tomadas por la CPI y para presentar el mecanismo diseñado por el ER al efecto, el autor acude a las palabras pronunciadas por KIRSCH ante la Asamblea de Estados en 2006 y 2007. Así, según el primer presidente de la CPI, ésta responde a un sistema de cooperación basado en dos pilares. De un lado, el *judicial* encarnado por la Corte y de otro, el de *aplicación o ejecución* representado por los estados. Estos dos pilares responden a su vez a modelos de cooperación verticales y horizontales.

Como no podría ser de otra forma, RASTAN acude a la casuística generada a raíz del desarrollo de las situaciones de las que conoce hasta fecha la CPI. Ésta, a pesar de encontrarnos en estadios tempranos, ha permitido aventurar problemas y obstáculos futuros que se han dado con anterioridad en el seno de los tribunales *ad hoc*. La primera corte penal internacional de carácter permanente vuelve a adolecer de mecanismos coercitivos que garanticen el cumplimiento de sus decisiones, más allá de las posibles medidas que pueda adoptar el CSNU cuando sea él quien haya remitido la situación. Si

⁵ S/RES/1503 (2003), de 28 de agosto, disponible en http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_1503_2003_en.pdf y S/RES/1534 (2004), de 26 de marzo, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/286/32/PDF/N0428632.pdf?OpenElement>

⁶ Sobre este asunto resulta especialmente interesante el estudio de David WIPPMAN, “The cost of International Justice”, *American journal of international law*, (4), 2006, pp. 861 a 880.

bien es cierto que la cooperación de los estados en el seno de otros tribunales internacionales se ha conseguido gracias a su condicionamiento a programas de desarrollo del Banco Mundial, Estados Unidos y Unión Europea, no parece buena idea seguir utilizando este tipo de contraprestaciones para que los estados cumplan con las obligaciones derivadas de un tratado multilateral que han firmado y ratificado. Especialmente interesante a este respecto serán las posibles decisiones que adopten tanto la Asamblea de Estados Parte como el CSNU contra Chad, Kenia y otros estados no parte, por no haber ejecutado las dos órdenes de arresto internacional dictadas por la CPI contra el presidente sudanés Omar Al Bashir durante sus respectivas visitas en julio y agosto de 2010⁷.

-III-

Las aportaciones de la parte III, dedicada a la política y práctica de la persecución de delitos por la CPI, pueden agruparse entorno a dos grandes temas. De un lado, el análisis de la discrecionalidad de la Corte en la investigación y persecución y, de otro, la revisión judicial de las decisiones tomadas en aplicación de la misma por la Sala de Cuestiones Preliminares.

El análisis de la discrecionalidad es abordado por OHLIN, GUARIGLIA y SCHABAS. El primero lo hace desde la problemática discusión de *paz versus justicia* y a través del examen de los mecanismos previstos en los arts. 13 b), 16, 17 y 53 ER. Su aportación más novedosa es el desarrollo de los conceptos *discrecionalidad general y específica*⁸, y su consiguiente aplicación a las prerrogativas del CSNU y de la Fiscalía respectivamente.

GUARIGLIA centra la atención en las manifestaciones de la discrecionalidad de la Fiscalía desde los criterios de independencia, imparcialidad, objetividad y no discriminación que informan la actuación de este órgano. Finalmente SCHABAS focaliza su atención en el estudio del concepto “*gravedad*” contenido en los arts. 17 y 53 ER que, en palabras de propio autor, constituye un criterio muy importante en la admisibilidad de las situaciones por CPI, pero también en la continuación de las investigaciones y en la finalización de los procedimientos.

⁷ Véase al respecto *Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's visit to the Republic of Kenya*.

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc930979.pdf> y la *Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Party to the the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to the Republic of Chad*, disponible en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc931075.pdf> . Igualmente, la *Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre Kenia: incumplimiento de la orden de detención contra el Presidente Omar Al Bashir*, de 7 de septiembre de 2010, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=P7-RC-2010-0505&language=ES>

⁸ Véase Luigi CONDORELLI/Santiago VILLALPANDO, “Referral and deferral by the Security Council”, en Antonio CASSESE/Paolo Gaeta/John R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, , Oxford University Press, Oxford 2002, p. 627.

Valorar la relevancia de comportamientos, *a priori*, gravísimos ha resultado ser una de las operaciones más complejas a las que se ha enfrentado la Corte hasta la fecha. Lo que pretendió ser un elemento más que permitiera resaltar el carácter subsidiario y selectivo de la CPI ha acabado convirtiéndose en uno de los elementos condicionantes de la actuación de la Fiscalía. Para intentar definir el concepto de *gravedad* contenido en el ER, a la vez delimitador de la actuación de la CPI frente a las jurisdicciones nacionales, se acudió en un primer momento, no sin cierta polémica, a parámetros tales como el número de víctimas. Posteriormente se incluyeron otros complementarios como el grado de participación de los responsables que, unidos a la selección impuesta desde el preámbulo del ER con respecto al cargo, acabaron desembocando en documento elaborado por la Fiscalía con ocasión del análisis de la situación de Irak⁹. Nada nuevo que añadir, a excepción de las recomendaciones de acudir al carácter sistemático o de gran escala de la definición de los crímenes de guerra y las observaciones realizadas por la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la “*alarma social*” de los hechos. Como acertadamente concluye SCHABAS, con respecto a esta cuestión, la actividad de la Fiscalía y de las Salas durante sus cinco primeros años de funcionamiento ha arrojado de todo menos luz.

De la revisión judicial de la discrecionalidad de la Fiscalía se ocupa STAHN en el capítulo 15. En su aportación vuelve a ponerse de manifiesto la impronta política que preside la creación de los tribunales penales internacional constituidos hasta la fecha. La idea central del autor gira en torno a la necesidad de fijar los criterios que garanticen la transparencia de actuación de la Fiscalía, sin que ello suponga una merma de su discrecionalidad. Esta postura, lejos de atentar contra los poderes discrecionales del Fiscal, constituye en opinión del autor un elemento más de fortalecimiento de la institución. En mi opinión, y compartiendo la necesidad de mejorar la transparencia en el seno de las investigaciones y procedimientos, sería además necesario no perder de vista el impacto en algunas instituciones reguladas en el ER.

Por lo que se refiere a la CPI, esa impronta política que se manifiesta a través de su carácter selectivo con respecto a delitos y personas trató de suavizarse con la inclusión de una Fiscalía independiente y con capacidad discrecional para iniciar investigaciones de oficio. Esta opción se vio acompañada por la instauración de una Sala de Cuestiones Preliminares que revisa actuaciones de la Fiscalía tan importantes como las solicitudes de órdenes de arresto internacional¹⁰ o las decisiones de no continuar con investigaciones o procedimientos “*en interés de la justicia*” (art. 53 ER). La previsión de recurso de las decisiones del Ministerio Público a instancias superiores, lejos de ser consideradas *per se* un mecanismo torticero, constituye la esencia del derecho a un proceso debido y con todas las

⁹ OTP response to communications received concerning Iraq de 9 de febrero de 2006, disponible en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf

¹⁰ Véanse al respecto las dos órdenes de arresto internacional dictadas contra Omar Al-Bashir y la negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares I a incluir los cargos de genocidio en la primera de ellas, con el voto disidente de una Magistrada. Ambas se encuentran disponibles en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf> y <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc919014.pdf> respectivamente.

garantías. Sin embargo esta garantía procesal, que se antoja adecuada para avalar la imparcialidad de la Fiscalía, puede resultar difícil de justificar. En primer lugar, porque se convierte en una mera “revisión” de las decisiones tomadas por aquélla. En segundo lugar, porque su satisfacción es necesaria para poder concluir y llevar a cabo todo tipo de actuaciones en el marco investigaciones iniciadas por cualquiera de los procedimientos previstos en el ER. La imagen que da como resultado es más la de un mecanismo de “tutorización” de la Fiscalía, que la de una garantía de la transparencia en las actuaciones. Junto a esa “tutorización”, el ER incluyó mecanismos que dan cabida a la *realpolitik* representada por el CSNU. El problema surge cuando es órgano político el que cuenta con prerrogativas tales como reenviar asuntos, decidir su paralización temporal o *sine die* e incluso, impedir el inicio de investigaciones o procedimientos basándose en un concepto tan moldeable como “constituir una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” (art. 39 Carta ONU).

Como colofón a esta tercera parte, aunque no por este orden, encontramos la aportación HALL. De forma muy breve, el asesor legal *senior* de Amnistía Internacional analiza las consecuencias de las políticas de desarrollo y implantación del principio de complementariedad en los países africanos que han remitido situaciones acaecidas en sus territorios a la CPI y en Sudán.

-IV-

La parte IV de este estudio está compuesta por seis trabajos que analizan diversas cuestiones sobre “CPI y Derecho aplicable”. Este título genérico da paso a tres subtítulos en los que se estudian aspectos generales del sistema de fuentes, modalidades de responsabilidad y elementos objetivos de los delitos.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, BITTI y NERLICH se centran en el análisis del sistema de fuentes consagrado en el art. 21 ER y en el valor de los precedentes sentados por los tribunales *ad hoc* de Ruanda y Yugoslavia. Al contrario de lo que ocurriera en ocasiones anteriores, el carácter permanente de la CPI ha tenido como consecuencia una mayor concreción en el sistema de fuentes y en su prelación. Sin embargo, el hecho de que el ER consagre como derecho aplicable en primer lugar el “Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba”, simplifica pero no evita discusiones sobre el tema. Con carácter subsidiario a aquéllas fuentes que BITTI denomina “internas”, el ER prevé otro conjunto de fuentes “externas” cuya interpretación y aplicación resulta, cuando menos, discutida y discutible.

El Derecho “externo” aplicado por la CPI viene representado, primeramente, por los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional y de los conflictos armados (art. 21.1.b)). Seguidamente, y en su defecto, por “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido cuando proceda, del derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen” (art.

21.1.c)), siempre y cuando no sean contrarios con ER. En tercer lugar, por la Jurisprudencia sentada por la propia CPI en la interpretación de principios y normas (art. 21.2).

Con respecto a este segundo grupo de fuentes, los aspectos problemáticos en la interpretación de este artículo 21 son varios. En primer lugar, identificar y delimitar los tratados, normas y principios aplicables, teniendo además en cuenta que muchos ellos pueden no haber sido ratificados por todos los estados. En segundo lugar, que acudir a los principios generales obliga a la CPI a dirigirse principalmente a dos tipos de órganos. Por uno lado, a tribunales u organizaciones regionales o supra-regionales cuyas decisiones pueden haber consolidado o contribuido a reconocer un abanico de Derechos Humanos sólo a ese nivel. Por otro, que el reconocimiento internacional de los principios aplicables, sobre todo en conflictos armados, proviene fundamentalmente de la Jurisprudencia sentada por los tribunales penales internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, cuyo establecimiento y funcionamiento distan bastante de los de la CPI.

La segunda subsección se dedica al estudio de la responsabilidad penal individual conforme a su redacción en el art. 25 ER y, concretamente las diferentes modalidades de autoría y participación. A pesar de ser un principio consagrado desde la aprobación de los Principios de Nuremberg por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1946, las diferentes modalidades de responsabilidad penal individual contenidas en aquel artículo, a juicio de WIRTH y OLÁSULO no hacen más que reflejar la doble influencia de sistemas de *common* y *civil law*. Para clarificar la exposición, los autores utilizan diversas categorizaciones utilizadas por el Derecho penal internacional, que en el caso de WIRTH le llevan a distinguir, en primer lugar, entre la *comisión del delito por uno mismo* y la *participación en el delito cometido por otros*. A partir de ahí trata de encajar los diferentes supuestos de coautoría e inducción acudiendo fundamentalmente a las sentencias de TPIY y TPIR en la materia, basadas en la *“empresa criminal conjunta o joint criminal enterprise”*. Como complemento, OLÁSULO parte también de la distinción entre *responsabilidad principal* y *accesoria*, pero introduce como elemento de debate el criterio sobre el *dominio del hecho o por organización (control of the crime)*, mantenido en la confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo¹¹. De esta forma, en la interpretación del art. 25.3 ER, la Sala de Cuestiones Preliminares I se aleja de la mantenida por otros tribunales penales internacionales y facilita la atribución de responsabilidades en los casos de estructuras jerárquicas.

SIVAKUMARAN y TRIFFTERER ponen el punto y final a la parte IV con sendas reflexiones relativas a aspectos concretos de la tipificación de los delitos contenidos en el ER. El primero de ellos analiza la inclusión en el art. 8 ER del contenido del art. 3 común a los cuatro Protocolos de Ginebra de 1949, que califica como crimen de guerra una serie de conductas realizadas en casos de conflicto armados de índole no internacional. Su contenido, a pesar de la controversia y fuerte oposición que recibió durante la Conferencia Diplomática, ha venido a plasmar el cambio significativo en las formas y modos de hacer la

¹¹ La Chambre Préliminaire I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 29 Janvier 2007, ICC-01/04-01/06, documento disponible en Internet en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc247813.PDF>

guerra desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial. La problemática surge de nuevo a la hora de tener que determinar la existencia o no de un conflicto y su carácter no internacional y, para ello, el autor acude una vez más a las decisiones de los tribunales *ad hoc*, concretamente al fallo de Akayesu¹². SIVAKUMARAN analiza así elementos como la existencia o no de organización, la intensidad y prolongación de la violencia y la ocupación o no de un territorio, sin perder de vista la discusión de los trabajos preparatorios y la propuesta de Sierra Leona, finalmente incorporada al texto.

Por su parte OTTO TRIFFTERER se encarga del espinoso uso de los *Elementos de los crímenes* en la interpretación de los tipos penales, como consecuencia de la falta de claridad en la redacción de algunas de las modalidades incluidas en el ER. Esta circunstancia puede llevar a situaciones problemáticas mediante el uso extensivo de los elementos para completar tipos objetivos y subjetivos. La complejidad reside no sólo en el diferente quórum para la aprobación de enmiendas a los artículos 5, 6, 7 y 8 y a los *Elementos*, sino también en los actores legitimados para proponerlas. Como puede observarse, en el caso de los *Elementos* comprende no sólo a los estados parte, sino también al Fiscal y a los Magistrados por mayoría absoluta.

-V-

Parte V está dedicada a problemas de Derecho Procesal que se plantean en las distintas fases del procedimiento y a otros temas agrupados bajo la rúbrica "*specific topics*". Por lo que respecta a las cuestiones procesales, el orden de exposición se corresponde con las fases preliminar, juicio oral y apelación (*pre-trial, trial and appeal*). Por su parte el segundo, aglutina una serie de contribuciones en las que, si bien destacan aportaciones relativas al papel del Registro y la actuación de los testigos, el grueso de ellas se dedica a las relativas al papel de las víctimas en el proceso.

DE SMET, TRENDAFILOVA y SLUITER analizan cuestiones relativas a la fase preliminar. Así, el primero de ellos estudia el rol de la Sala de Cuestiones Preliminares, centrándose en su papel supervisor de la Fiscalía y de garante de los derechos de sospechosos, víctimas, acusados y testigos. La idiosincrasia de esta institución no es sino el resultado, en palabras del autor, de un "*matrimonio de conveniencia*" entre estados con sistemas procesales inquisitivos y acusatorios. También en el marco de la fase preliminar TRENDAFILOVA examina la regulación de los procedimientos *in absentia* adoptada por el ER, manifestación de aquel "*matrimonio de conveniencia*" y de la tradición arrastrada desde Nuremberg con respecto a los tribunales penales internacionales. La principal consecuencia de ello es la especial regulación que del mismo realizan los artículos 61 y 63 ER y que acaba traducándose en una prohibición general de llevar cabo procedimientos *in absentia*, salvo en circunstancias específicamente tasadas. Finalmente SLUITER profundiza en la protección de los derechos humanos en la misma fase, atendiendo concretamente a la regla

¹² *Prosecutor v Jean paul Akayesu*, Case No ICTR-96-4 T, Judgment, 2 September 1998, documento disponible en <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm>

interpretativa del art. 21. 3 ER y al papel supervisor que debería tener la CPI en el proceder de los estados en la ejecución de los órdenes de detención o comparencia dictadas por la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 53 ER). Si este control es complicado cuando el estado es parte, y por tanto se ha comprometido a adaptar su ordenamiento jurídico, lo será todavía más cuando no lo es y su colaboración con la CPI sea meramente ocasional.

Del análisis de los problemas más relevantes de la fase de juicio oral se ocupan HEINSCH y GALLMTETZER. El primero de ellos lo hace a través del planteamiento de lo que, a su juicio, constituyen obstáculos específicos para garantizar juicios justos y rápidos en el seno de los tribunales penales internacionales. Tomando como referente la experiencia del procedimiento contra Milosevic, el autor señala seis de ellos: la complejidad y naturaleza de los delitos, que retrasan de forma extraordinaria la localización e identificación de las víctimas; la transcripción de sus declaraciones y de las de testigos; la ingente cantidad de información suministrada a los jueces; la prohibición de la celebración de juicios *in absentia*; las dificultades en garantizar la participación de las víctimas en el proceso y la falta de cooperación de los estados. GALLMTETZER cierra este subcapítulo evaluando la discrecionalidad de la Sala de Primera Instancia (art. 64. 3 ER) en el proceso contra Thomas Lubanga Dyilo y en lo referente a la admisión y presentación de la prueba, el interrogatorio de testigos y la participación de la víctima. La conclusión a la que llega el autor es la necesidad de agilizar estas actuaciones, si bien reconoce que la ausencia de experiencia previa de la Sala en estas cuestiones es un elemento a tener en cuenta en esta evaluación.

Por razones obvias las cuestiones relativas a la práctica de la apelación son más bien breves. De su revisión se encargan ECKELMANS y FRIMAN, quienes limitan el contenido a la composición de la Sala de Apelaciones y a las funciones atribuidas conforme a los arts. 81 y 82 ER. Para ello, se acude de nuevo a la escasa producción de esta Sala derivada del procedimiento contra Lubanga Dyilo. Mayor discusión generará en un futuro la reciente decisión de la Sala de Apelaciones de revocar la orden de puesta en libertad del ex-dirigente congoleño dictada por la Sala de Primera Instancia I¹³.

De entre las contribuciones agrupadas bajo la rúbrica “*specific topics*” destacan a mi juicio tres. La primera de ellas, de SCHEFFER, relativa la práctica de las Salas de Cuestiones Preliminares y Apelaciones en la proposición de la prueba, por la originalidad de la presentación de sus conclusiones. La segunda, la de AMBOS, porque partiendo de la distinción realizada por la Sala de Cuestiones Preliminares I entre “*familiarización*” y “*preparación*” de testigos, analiza la finalidad y significado de ambas prácticas y, sobre todo, su cabida los procedimientos llevados a cabo ante la CPI. La última de ellas, de VASILEIV, debido a la relevancia formal y material que tienen los diferentes modelos de participación de las víctimas en este tipo de procedimientos, aspecto éste muy presente en la Conferencia de Revisión celebrada en Kampala.

¹³ Judgment on the appeal of the Prosecutor against the oral decision of Trial Chamber I of 15 July 2010 to release Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 OA 17, 8 October 2010, documento disponible en <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/court%20records/chambers/appeals%20chamber/2583?lan=en-GB>

-VI-

El capítulo de cierre de la obra está dedicado a dos cuestiones clave con un común denominador: las reformas futuras del Estatuto y del sistema en su conjunto. De un lado, CLARK y REISINGER CORACINI se centran en la discusión sobre el crimen de agresión, principal, pero no único, protagonista de la Conferencia de Revisión de Kampala. De otro, TAYLOR hace lo propio con el *Plan Estratégico de la Corte Penal Internacional* de 2006¹⁴, centrándose en los objetivos de transparencia y eficiencia consagrados en el documento y en la amplitud del cuerpo normativo que regula el funcionamiento de la CPI.

Sin lugar a dudas, la definición del delito de agresión y el establecimiento de las condiciones de perseguibilidad han sido el elemento central de la primera conferencia de revisión celebrada este mismo año. Por ello, las dos aportaciones examinan la evolución de crimen de agresión, su naturaleza y su problemática inclusión partiendo de la propuesta del *Grupo Especial de Trabajo sobre el Crimen de Agresión* de la Universidad de Princeton. En concreto, y como no podría ser de otra forma, en la problemática cuestión relativa al doble papel que debe jugar el CSNU en la definición y persecución de este ilícito *penal*.

Aunque el protagonismo del crimen de agresión en la Conferencia de Revisión ha sido más que evidente, se echa en falta alguna referencia a otras propuestas de modificación que, si bien no han sido atendidas o no han ocupado un lugar tan destacado, no por ello dejan de ser relevantes de cara a un futuro cercano. Entre ellas se encuentran la frustrada supresión del polémico art. 124 ER, modificaciones menores a la redacción del art. 8 propuestas por Bélgica y Méjico, la inclusión del delito de terrorismo solicitado por Países Bajos, del de tráfico de drogas requerido de nuevo por Trinidad y Tobago y el papel de las víctimas en los procedimientos ante la CPI.

-VII-

El valor de la obra de STAHN y SLUTER reside no sólo en su capacidad para dar respuesta a numerosas preguntas, sino también en ayudar a formular otras tantas. Por eso, resulta ser una obra de obligada consulta en la materia, ya que incita a reflexionar sobre temas tan diversos como la Justicia penal internacional y su interacción con el poder y la *real politik*.

El equilibrio de la obra procede de la facilidad para conjugar aspectos teóricos y prácticos, políticos y jurídicos, realizando propuestas de futuro que, sin caer ni en un pesimismo excesivo ni en un optimismo exagerado, obtienen como resultado un balance ponderado de logros y fracasos. En definitiva, un valiosísimo trabajo para los estudiosos del Derecho penal Internacional, pero sobre todo para las futuras conferencias de revisión, de cuyo

¹⁴ *Strategic Plan of the International Criminal Court*, ICC-ASP/5/6, 4 August 2006

Documento disponible en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D6B4058F-2C5D-415E-A85F-64A305C81DF0/0/ICCASP56_English.pdf

acierto o error dependerá en gran medida la satisfacción del fin primordial de un nuevo sistema de Justicia penal internacional.

Quizá un lustro es un periodo de tiempo demasiado breve para hacer balance del funcionamiento de una institución. Sin embargo, cuando coincide con la celebración de su primera conferencia de revisión, el examen es más que necesario. Cuando la institución resulta ser la primera corte penal internacional con carácter permanente en la historia de la Humanidad, la necesidad se convierte en obligación.