

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA CONSTRUCCIÓN DE SU LEGITIMIDAD

XIMENA FUENTES TORRIJO*
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE
ximena.fuentes@uai.cl

RESUMEN: La Corte Penal Internacional se encuentra en una etapa de consolidación. Este artículo aborda dos aspectos cruciales que han de servir como criterios para evaluar la legitimidad de la actuación de la Corte: por un lado, el principio de complementariedad, que es un elemento esencial del Estatuto de Roma, en relación con la posibilidad de admitir en el derecho internacional salidas alternativas a la persecución penal de los autores de los crímenes contra la humanidad, y en relación también con la cuestionable política de las autorremisiones de casos; y por otro, el debido proceso y el derecho de los imputados que una persecución penal debe respetar siempre, y cómo la Corte, en tanto modelo adjudicativo internacional, debe poner especial cuidado en asegurar las condiciones para un juicio justo.

Palabras clave: *Corte Penal Internacional, principio de complementariedad, autorremisiones, debido proceso.*

ABSTRACT: The International Criminal Court is in a consolidation phase. This article addresses two critical issues that must serve as criteria for evaluating the legitimacy of the Court's action: on the one hand, the principle of complementarity, which is an essential element of the Rome Statute, in relation to the possibility of admitting in international law alternative solutions to the criminal prosecution of perpetrators of crimes against humanity, and also in relation to the questionable policy of the self-referral of cases; and on the other hand, due process and the rights of the accused that a criminal prosecution should

* D. Phil (University of Oxford). Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad de Chile y en la Universidad Adolfo Ibáñez. Este trabajo corresponde en buena parte a la ponencia presentada en el II Congreso de Derechos Humanos organizado por los estudiantes de Derecho de la Universidad de Chile en agosto de 2010. Una parte de este trabajo es el producto de la investigación financiada por el proyecto Fondecyt N° 1080060. Este trabajo ha sido posible gracias a la asistencia de mi ayudante de investigación de la Universidad de Chile, Diego Pérez Farías.

always respect, and how the Court, as an international adjudicative model, should put special care in assuring the conditions for a fair trial.

Keywords: *International Criminal Court, principle of complementarity, self-referrals, due process.*

La Corte Penal Internacional es un tribunal internacional de carácter permanente, facultado para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional. Este tribunal, a diferencia de otros tribunales penales ad hoc que han sido creados por resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, fue creado por medio de un tratado negociado largamente por los Estados que participaron de la Conferencia de Roma. Tiene, además, la naturaleza de una organización internacional, con una personalidad jurídica internacional distinta a la de los Estados miembros.

El ámbito de la jurisdicción de la CPI, entonces, está determinado por el consentimiento de los Estados partes expresado en su tratado constitutivo (el Estatuto de Roma). De esta manera, la jurisdicción de la Corte queda definida *ratione materiae, ratione personae, ratione loci y ratione temporis*. Esto tiene varias implicaciones. En primer lugar, la posibilidad de que se objete la jurisdicción de la Corte si no se respeta el ámbito de su jurisdicción. La Parte II del Estatuto se encarga de definir los delitos de los cuales la Corte puede conocer. El artículo 5 dispone que la Corte puede conocer de los siguientes delitos: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. A estos se suma el delito de agresión, pero se deja establecido que es necesario que los Estados parte logren definir el delito de agresión antes que la Corte pueda ejercer su jurisdicción respecto del mismo. Así es como se define la jurisdicción *ratione materiae*. En cuanto al ámbito territorial, el artículo 12 dispone que, cuando se trata de situaciones referidas por los Estados o de investigaciones decididas por el fiscal, la jurisdicción *ratione loci* de la Corte se puede ejercer respecto de delitos ocurridos dentro del territorio de un Estado parte (o cometidos a bordo de una nave o aeronave que ostente el pabellón de un Estado parte). A esta jurisdicción *ratione loci* debe agregarse la jurisdicción *ratione personae*. Según esta última, la jurisdicción de la Corte se puede también ejercer sobre personas imputadas por los delitos de conocimiento de la Corte, que tengan la nacionalidad de un Estado parte. Por último, respecto de la jurisdicción *ratione temporis*, el artículo 11 señala que la jurisdicción de la Corte solo puede ejercerse respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto (1 de julio de 2002). En todo caso, para los Estados que han adherido al Estatuto con posterioridad a esa fecha, se entiende que la Corte solo puede conocer de los crímenes acaecidos con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del Estatuto para esos Estados, a menos que el Estado consienta en que la jurisdicción de la Corte se extienda a una fecha anterior. El ámbito de acción de la jurisdicción de la Corte así establecido nos revela que el principio del consentimiento no solo juega un rol primordial en el establecimiento de la legitimidad de la CPI al momento de su creación, sino que sigue jugando un

rol con posterioridad, en el mantenimiento y construcción de la legitimidad de la Corte a los ojos de los propios Estados parte y de la comunidad internacional. Un tribunal internacional que no respete el ámbito de su jurisdicción arriesga su legitimidad. La pérdida de legitimidad de un tribunal internacional se puede traducir en el incumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones según el Estatuto, pudiendo llevar incluso al retiro de los Estados del respectivo tratado constitutivo.

En consecuencia, actualmente la Corte Penal Internacional está en una etapa de consolidación de su legitimidad. Una buena parte de esta se debe al consentimiento entregado por los Estados que han ratificado el Estatuto. Al respecto, es importante tener presente el número de Estados que ha ratificado. También es relevante tomar en cuenta qué tipo de Estados han ratificado. Se discute, por ejemplo, el hecho de que todavía la Corte no es universal. A octubre de 2010 contaba con 114 Estados partes de un universo de alrededor de 200¹. Pero más problemático es el hecho de que Estados importantes se resistan a formar parte de la Corte: Estados Unidos, China, Israel, India, Pakistán, y los países del Medio Oriente. Además de lo que pueda inferirse a partir de estos números, será importante mirar la práctica de la Corte, pues la forma en que la Corte realice su función jugará un papel significativo en la construcción de su legitimidad ante la comunidad internacional. Por eso corresponde examinar las resoluciones de la Corte en los primeros casos que han llegado a su conocimiento.

Este artículo examina dos de los aspectos que considero más importantes con respecto a la práctica del Tribunal y la construcción de su legitimidad. Primero, se discute acerca del principio de complementariedad y la aplicación que le ha dado la Corte en su primera jurisprudencia; y, en segundo lugar, se examina el tema de la garantía del debido proceso y de los derechos de los procesados ante la Corte.

1. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

La complementariedad constituye un elemento esencial del consentimiento de los Estados en la creación de la Corte. Así lo demuestra el que haya sido un elemento esencial en la negociación del estatuto. Los Estados no estuvieron dispuestos a crear una Corte que tuviera una jurisdicción sustitutiva de la propia, sino que debía ser una Corte cuya jurisdicción fuera complementaria. Solo en aquellos casos en que la jurisdicción doméstica no funcione, ya sea porque los tribunales nacionales no están dispuestos a enjuiciar o ya sea porque se encuentran imposibilitados de hacerlo, entonces puede ser competente la CPI. Eso explica que el artículo 17 del Estatuto consagre este principio como una cuestión de admisibilidad:

¹ Ver el sitio web de la Corte: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/>

Artículo 17

Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:
 - a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
 - b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
 - c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;
 - d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

El principio de complementariedad cumple la función de distribuir competencias entre la Corte y los Estados. Se trata de un principio que fue establecido en el Estatuto porque los Estados querían definir claramente el rol de la Corte como subsidiario del ejercicio de las jurisdicciones nacionales. Stigen resume bien estos objetivos del Estatuto de Roma: por una parte, evitar la impunidad y, por la otra, asegurarse que la persecución penal se realice primordialmente por las jurisdicciones nacionales². No era la idea de los redactores del Estatuto ni de los signatarios del Estatuto que la Corte reemplazara a las jurisdicciones nacionales ni menos que eximiera a los Estados de su responsabilidad de investigar y sancionar crímenes internacionales. Por el contrario, el preámbulo se encarga de establecer en forma explícita esta última obligación: “Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. Es claro, entonces, que el principio de complementariedad es un elemento esencial para la evaluación de la legitimidad que la Corte vaya ganando o perdiendo en los años que vienen.

Los términos en que fue redactado el artículo 17 revelan que existe mucho espacio para la interpretación. Desde luego, hay poca claridad sobre cómo enfrentar aquellos casos en que los países prefieren, para alcanzar la reconciliación de la sociedad, salidas alternativas

² STINGEN, Jo. *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 11.

a la persecución penal de los autores de los crímenes contra la humanidad. En particular, el proceso político de reconciliación en diversos países ha previsto amnistías o indultos. ¿Podría la Corte declarar que las amnistías corresponden a una forma de inhabilidad de la justicia doméstica para juzgar, y decidir ejercer ella misma la jurisdicción? ¿Podría la Corte entrar a evaluar el carácter genuinamente democrático de las amnistías que pudieran decretarse por los Estados? Cuando se negociaba el estatuto de la Corte, el caso de Sudáfrica estuvo en la mente de los negociadores. Tanto así, que uno de los artículos del Estatuto, señala que el fiscal al decidir si iniciar o no una investigación debe tomar en consideración si existen razones sustanciales para creer que, aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia (algo así como el principio de oportunidad que nuestro Código Procesal Penal consagra). Se lee en el estatuto:

Artículo 53

Inicio de una investigación

[...]

2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:
 - a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58;
 - b) La causa es inadmisibles de conformidad con el artículo 17; o
 - c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.
- 3.a) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión;
- b) Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

La redacción del artículo es muy interesante, pues no habla de derechos de las víctimas (algo que nos hemos acostumbrado a oír, en manos de un discurso político-criminal orientado a la víctima que exagera, entre otras ideas, la noción de seguridad ciudadana), sino solo de sus intereses. Afirmar la existencia de un derecho de la víctima a obtener una sanción por los delitos cometidos en su contra, supondría la obligación correlativa para los Estados de sancionar siempre y en toda ocasión. Amnistías e indultos serían *per se* contrarios a este derecho de la víctima. Por lo mismo, en sistemas jurídicos que hacen recaer la pretensión punitiva en el Estado y no en las víctimas, resulta más acertado hablar de intereses. En este mismo contexto, aparece la idea de que una investigación podría no redundar en interés de la justicia, y esto es claro, por ejemplo, en el caso en que una comunidad política define una solución distinta al castigo. Sin embargo, este artículo 53 supone determinar cuándo una investigación resulta en interés de la justicia. Esta es una decisión que toma el fiscal y que es revisable por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte, quien tendrá la última palabra (de hecho, tal decisión solo tendrá efecto si es confirmada por la Sala).

Todo esto nos hace pensar si quizás la cuestión acerca de si una investigación resulta o no en interés de la justicia es una pregunta que no es adecuado que quede en manos de la Corte ni de su fiscal. La respuesta en esos casos es netamente política y, por lo tanto, la CPI, como órgano jurisdiccional, adicionalmente, un órgano desvinculado de toda comunidad política nacional, tal vez no sea el lugar adecuado para el análisis del interés de la justicia.

Ahora bien, se podría plantear una objeción, señalando que no es verdad que no exista en derecho internacional una obligación absoluta de sancionar a los responsables de crímenes contra la humanidad. El objetor podría, aceptar, como lo ha hecho el Comité Internacional de la Cruz Roja, que con anterioridad a los noventa efectivamente no existía esa obligación porque ni siquiera existía la noción de responsabilidad penal individual aplicable a casos de conflictos armados sin carácter internacional³. Pero en el año 2005, la Cruz Roja ha publicado un estudio que intenta ser una codificación del derecho internacional humanitario, y en él se señala la obligación de sancionar y la de no aplicar amnistías ni indultos⁴. Esta es la voz de la Cruz Roja. Si acaso ella representa efectivamente la realidad, es algo cuestionable. Pero en el derecho internacional mientras más prestigio gocen las organizaciones, más posibilidades tienen de señalar qué es costumbre y qué no. La respuesta

³ La Dirección Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja así lo ha reconocido. En efecto, en la década de los noventa el CICR aceptaba que no existía en el derecho internacional consuetudinario ninguna regla que obligara a imponer penas criminales contra los responsables de crímenes contra la humanidad en conflictos sin carácter internacional. Ver: PLATTNER, Denise. "The penal repression of violations of international humanitarian law applicable in non-international armed conflicts", en: *International Review of the Red Cross*, 1990, p. 414.

⁴ HENCKAERTS, Jean-Marie and DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules* (Cambridge, 2005). Ver Regla 151 y su respectivo comentario, pp. 552-554. Ver también la Regla 160 que prohíbe la aplicación de la prescripción a los crímenes de guerra en conflictos internacional y no-internacionales. En el comentario al artículo 159 el estudio de la Cruz Roja señala que no se deben permitir las amnistías por crímenes cometidos durante conflictos no-internacionales.

a la objeción es que no existe evidencia todavía sobre la existencia de una regla de derecho internacional general que establezca una obligación absoluta de sancionar a los responsables de crímenes contra la humanidad, sin posibilidad de amnistía ni indulto. Por cierto, la práctica que menciona la Cruz Roja en su estudio es escasa y, en algunos países, como Chile, no es uniforme.

Un segundo aspecto problemático de la interpretación del principio de complementariedad es la política de autorremisiones que ha promovido el fiscal de la Corte. Esta política de autorremisiones responde a una iniciativa del fiscal de la Corte, de acercarse a ciertos países para invitarlos a remitir ellos mismos una situación a la Corte, excluyendo la aplicación de la jurisdicción nacional. Esta política ha recibido serias críticas por cuanto atenta contra la filosofía que inspiraba el principio de complementariedad: a los Estados corresponde primordialmente el deber de ejercer su jurisdicción en casos de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Además, las autorremisiones generan un riesgo para la neutralidad con la que debe actuar la Fiscalía de la Corte.

Como señala William Schabas: “El principio de complementariedad, invocado en el preámbulo como también en el artículo 1 del Estatuto de Roma, es central en la filosofía de la Corte”⁵. Se trata de un elemento central porque los objetivos de la Corte se cumplen mediante la implementación del principio de complementariedad. Estos objetivos se encuentran en el preámbulo del Estatuto de Roma:

“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales [...]”.

Se puede concluir en forma clara que no fue la intención de las partes crear una Corte Penal sustitutiva de los tribunales penales nacionales. En los orígenes de su creación, la Corte fue pensada para que conociera de aquellos casos en que la jurisdicción penal nacional no había operado, ya fuera porque el Estado respectivo no tenía la capacidad para juzgar o no tenía la voluntad de hacerlo. La forma de hacer operativo este principio en el Estatuto fue

⁵ Traducción de la autora. En el original se lee: “The principle of ‘complementarity’, invoked in the preamble as well as in article 1 of the Rome Statute, is central to the philosophy of the Court”. SCHABAS, William. *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2010, p. 336.

incluyendo el principio de complementariedad en la disposición relativa a cuestiones de admisibilidad.

Los primeros casos que han llegado al conocimiento de la Corte lo han hecho por la vía de la autorremisión. Esta fórmula ha sido empleada por el fiscal para investigar las situaciones de Uganda, de República Democrática del Congo y de la República de África Central.

La implementación de la política de promover la autorremisión de casos comenzó en el año 2003. Es decir, se ha implementado desde los inicios de la actividad judicial de la Corte. En el informe de actividades correspondiente a los años 2003-2006, el fiscal señala que uno de los primeros desafíos que debió enfrentar la Fiscalía fue determinar el método por el cual gatillar la jurisdicción de la Corte. En ese informe se lee:

“b) While *proprio motu* power is a critical aspect of the Office’s Independence, the Prosecutor adopted the policy of inviting and welcoming voluntary referral by territorial states as a first step in triggering the jurisdiction of the Court. This policy resulted in referrals for what would become the Court’s first two situations: Northern Uganda and the DRC. The method of initiating investigations by voluntary referral has increased the likelihood of important cooperation on-the-ground support”⁶.

Se puede apreciar que lo que motivó al fiscal para implementar esta política fue facilitar la llegada de casos a la Corte y la cooperación en el terreno por parte del Estado respectivo. Es interesante llamar la atención sobre un aspecto que el propio fiscal parece haber tenido presente al momento de inaugurar esta política de autorremisión. Me refiero a la independencia de la acción de la Fiscalía. El fiscal parece reconocer que el método de la investigación *motu proprio* ofrece mejores garantías de independencia en la actuación de la oficina del fiscal. Es decir, él está consciente que la autorremisión puede encerrar peligros para esta independencia. Como se verá más adelante, quienes han criticado la política de autorremisión subrayan precisamente esos peligros.

Pero el mecanismo de la autorremisión ha recibido la aprobación de la propia Corte, en la medida en que esta ha declarado admisibles los casos que en virtud de esta fórmula han llegado a su conocimiento. En el caso Lubanga (situación de la República Democrática del Congo), en la decisión de 10 de febrero de 2006, sobre la orden de arresto solicitada por el fiscal, la Sala de Cuestiones Preliminares tuvo en cuenta el hecho de que existía una investigación criminal en contra de Thomas Lubanga ante los tribunales de la RDC y, a pesar de ello, estimó que la operación del mecanismo de autorremisión en este caso no contradecía el principio de complementariedad. Es interesante observar en este caso cómo la Corte inter-

⁶ Office of the Prosecutor, ‘Report on the Activities Performed during the First Three Years (June 2003-June 2006)’, 12 September 2006, p. 7.

pretó el artículo 17 del Estatuto para llegar a concluir que la autorremisión era compatible con el Estatuto a pesar de que los tribunales de la RDC eran capaces de continuar con el procedimiento judicial ya iniciado contra Lubanga. En la medida que efectivamente existía un proceso pendiente en los tribunales de la RDC contra Lubanga, la Corte no podía señalar que se cumplían sin más los requisitos del artículo 17 del Estatuto. Por ese motivo, la Corte tuvo que recurrir al argumento de la falta de identidad entre los delitos que se juzgaban en la RDC y los que intentaba juzgar la Corte. En la RDC las conductas que se estaban juzgando no cubrían el reclutamiento y uso durante las hostilidades militares de niños menores de quince años. Es decir, para que el caso sea inadmisibile es necesario que el juzgamiento que se lleva a cabo por los tribunales nacionales sea por todas y las mismas conductas por las que se quiere juzgar a la persona ante la Corte Penal Internacional:

37. However, the Chamber recalls that for a case arising from the investigation of a situation to be inadmissible, national proceedings must encompass both the person and the conduct which is the subject of the case before the Court. In this regard, the Prosecution submits that the DRC proceedings against Mr Thomas Lubanga Dyilo do not encompass the conduct that constitutes the basis of the Prosecution's Application.

38. The Chamber observes that the warrants of arrest issued by the competent DRC authorities against Mr Thomas Lubanga Dyilo contain no reference to his alleged criminal responsibility for the alleged UPC/FPLC's policy/practice of enlisting into the FPLC, conscripting into the FPLC and using to participate actively in hostilities children under the age of fifteen between July 2002 and December 2003.

39. As a result, in the Chamber's view, the DRC cannot be considered to be acting in relation to the specific case before the Court (which is limited to Mr Thomas Lubanga Dyilo's alleged responsibility for the UPC/FPLC's alleged policy/practice of enlisting into the FPLC, conscripting into the FLPC and using to participate actively in the hostilities children under the age of fifteen between July 2002 and December 2003). Furthermore, the Chamber is not aware of any other State with jurisdiction over the case against Mr Thomas Lubanga Dyilo investigating, prosecuting or trying him, or having done so.

Esto significa que no se requiere establecer que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo una investigación (o enjuiciamiento) o que es incapaz de hacerlo, basta con establecer que el Estado ha permanecido inactivo en relación con una determinada conducta penada por el Estatuto.

Las autorremisiones han sido criticadas desde varios puntos de vista. En primer lugar se ha señalado que contradice la obligación primordial que tienen los Estados de perseguir

los crímenes contemplados en el Estatuto. Esta crítica ha sido respondida por la propia Corte en otro caso, *Prosecutor v. Katanga*. En ese caso, la Corte señaló:

85. The Appeals Chamber is not persuaded by the argument of the Appellant that it would be to negate the obligation of States to prosecute crimes if they were allowed to relinquish domestic jurisdiction in favour of the International Criminal Court. The Appeals Chamber acknowledges that States have a duty to exercise their criminal jurisdiction over international crimes. [...] If States do not or cannot investigate and, where necessary, prosecute, the International Criminal Court must be able to step in. Moreover, there may be merit in the argument that the sovereign decision of a State to relinquish its jurisdiction in favour of the Court may well be seen as complying with the “duty to exercise [its] criminal jurisdiction”, as envisaged in the sixth paragraph of the Preamble⁷.

Otra crítica que se ha formulado a las autorremisiones es que esta política atenta contra la debida deferencia que la CPI debería demostrar respecto de las jurisdicciones nacionales. En este sentido, se ha dicho que la Corte debería permitir un cierto margen de apreciación a los tribunales nacionales para decidir por qué hechos juzgará a una determinada persona⁸. Por último, y probablemente esta es la crítica más seria, se ha dicho que mediante esta política la Corte arriesga comprometer su neutralidad respecto de conflictos internos. Después de leer a uno de los autores más críticos de la política de autorremisión, William Schabas⁹, queda claro cómo la Corte puede ser utilizada por ciertos gobiernos para sus propios propósitos políticos internos. El caso de Uganda sirve para ilustrar bien los riesgos que encierra el mecanismo de la autorremisión.

Uganda fue el primer país al que se acerca el fiscal Moreno Ocampo para pedir que refiriera su situación a la Corte. En Uganda se vivía una situación en relación con grupos rebeldes que operaban en el norte del país. Uganda aceptó la invitación en enero de 2004 y refirió la situación a la Corte. La Corte decretó cinco órdenes de arresto en contra de miembros del grupo rebelde, The Lord's Resistance Army. Frente a críticos que veían un ejercicio de jurisdicción sesgada, ya que solo se perseguirían a los rebeldes y no al gobierno por denuncias de crímenes contra la humanidad, el fiscal aclaró que la remisión de la situación a la Corte incluía la investigación de todos los delitos cometidos, tanto por la resistencia como por el gobierno. Lo cierto es que solo se han despachado órdenes de arresto contra miembros de los grupos rebeldes.

⁷ The Prosecutor *v.* Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment on the Appeal of Mr. Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07 OA 8. 25 September 2009.

⁸ KLEFFNER, Jann. *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2008, p. 201.

⁹ SCHABAS, William. “Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts”, en 19 *Criminal Law Forum* (2008), pp. 5-33.

El análisis de Schabas lo lleva a concluir que el hábil gobierno de Museveni habría utilizado a la Corte Penal para presionar a los miembros de The Lord's Resistance Army y lograr así sentarlos en la mesa de negociación para tratar de llegar a un acuerdo de paz con el gobierno. Pero para cualquiera debe resultar claro que el éxito de la negociación forzada de esta manera requerirá un precio que tal vez la Corte no esté dispuesta a pagar. Para seguir negociando, los rebeldes exigen el retiro de las órdenes de arresto y así fue solicitado por Museveni a la Corte¹⁰. De más está decir que Uganda no ha cooperado con la detención de aquellos contra las cuales se despacharon las órdenes de arresto. Al fiscal, que estuvo dispuesto a juzgar a los rebeldes, no le es tan fácil desechar los cargos contra ellos. La decisión de desechar los cargos es una decisión política que va contra la filosofía que se ha impulsado al interior de la Corte según la cual la obligación de juzgar es absoluta. Siendo así, la Oficina del fiscal y la Corte deberían tratar de mantenerse neutrales respecto de la política interna de los Estados, de otra manera, serán utilizados por los gobiernos y no contribuirán a fortalecer la *auctoritas* de la Corte Penal Internacional.

2. EL DEBIDO PROCESO

Un segundo aspecto que puede servir como elemento para evaluar la construcción de la legitimidad de la Corte es la forma y posibilidades que tiene el tribunal de aplicar la garantía del debido proceso y del respeto por los derechos de los imputados. A este respecto, una primera consideración que debe tenerse presente es que la Corte investiga hechos de los cuales se encuentra lejana, más lejana que lo que está un tribunal del territorio donde ocurrieron los hechos. En la medida que no cuenta con una organización policial que le permita investigar y realizar pesquisas de manera autónoma, debe necesariamente confiar en la cooperación de los Estados parte para su labor. Frente a esto no hay mucho que hacer, por cuanto esta es una característica intrínseca a su naturaleza internacional. Por más que se intenten reformas al estatuto, no se podrá cambiar el hecho de que la Corte requiera de la cooperación de los Estados para sus labores de investigación. Esta naturaleza internacional de la Corte es la que precisamente explica que pueda sustituir a la justicia doméstica cuando esta última no funciona. Este mismo hecho revela que la Corte está en una posición que naturalmente la sitúa como una institución que sirve de ejemplo para las jurisdicciones domésticas en la forma en que se deben sancionar los más horribles crímenes de carácter internacional. En tal sentido, sus actuaciones tienen repercusiones obvias dentro de los sistemas internos. La Corte, por tanto, debe tener especial cuidado y respeto por el debido proceso y las garantías de los imputados. ¿Qué sucedería si la Corte comienza a rebajar el nivel de protección a los imputados? ¿Qué implicaciones tendría esto en los derechos domésticos?

¹⁰ *Ibid.*, pp. 19-22.

En un mundo en el que cada vez que aparece el terror, diversificado a través de atentados, grupos secesionistas, ataques terroristas, las primeras consecuencias y propuestas se refieren a rebajas a los estándares de protección de las libertades civiles y de los derechos de los imputados (en la medida que se considera que los responsables de tan graves ataques no pueden tener los mismos derechos que el resto), la Corte debe ser muy cuidadosa. Porque si la Corte llegara a señalar, siquiera implícitamente, que la entidad de los crímenes justifica rebajar los estándares de protección de los derechos, esto significaría que es legítimo que los Estados hagan lo propio en sus territorios, respecto a los delitos que ellos consideren más graves.

Es en este contexto, que es útil mirar lo que ha sucedido en el caso que la Corte lleva contra Thomas Lubanga de la RDC. Este caso sirve para ilustrar la tensión que existe entre la presión por aplicar sanciones a las personas que han cometido crímenes contra la humanidad y los derechos de los acusados. El caso ha sido suspendido en varias ocasiones por la Corte, y a Thomas Lubanga se le ha concedido la libertad en dos ocasiones, ambas decisiones dejadas sin efecto posteriormente.

El primer problema que se suscitó en este caso se refería a la confidencialidad de ciertas pruebas que el fiscal se negaba a mostrar a la defensa. La defensa alegaba que esas pruebas podrían ser relevantes para desacreditar la responsabilidad de Lubanga. El fiscal se negaba a entregar estas pruebas por cuanto las había recibido bajo compromiso de confidencialidad. De acuerdo al artículo 54(3)(e) del Estatuto, el fiscal puede:

(e) Convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas, salvo con el acuerdo de quien haya facilitado la información.

Mucha de esta información la recibió bajo compromiso de confidencialidad con la propia Organización de las Naciones Unidas. En definitiva, la información provenía de informantes que se encontraban en RDC y que no querían que su identidad fuera revelada por temor a represalias.

El 13 de junio de 2008 la Sala de Primera Instancia ordenó que la información se hiciera accesible para la defensa y, en atención a que la Fiscalía no cumplió, el 2 de julio de 2008 dictó el sobreseimiento del caso y ordenó la libertad de Lubanga. Ante esta decisión la Fiscalía apeló y pidió la suspensión de la liberación ordenada. Posteriormente la Fiscalía señaló que estaba dispuesta a divulgar la información e intentó un desistimiento parcial de la apelación. La Sala de Apelaciones no aceptó el desistimiento parcial, pero era claro que ya la apelación no tenía sentido respecto de la orden de divulgar la información. Respecto de la apelación del sobreseimiento, la Sala de Apelaciones lo dejó sin efecto. Después de este primer obstáculo el juicio contra Lubanga pudo renovarse.

En 2009 por fin pudo darse inicio al juicio contra Lubanga. El 27 de enero de 2010 la defensa inicio la presentación de su caso. La prueba de la Fiscalía contra Lubanga se basa, *inter alia*, en varios testimonios de supuestas víctimas, esto es, de personas que afirman haber sido reclutadas como niños-soldados por Lubanga. Estos testigos han sido obtenidos para la Fiscalía por “intermediarios”, es decir, por personas que operan en el terreno y que no solo han identificado a estos testigos, sino que también los han preparado para que puedan rendir un testimonio útil. La defensa estimó que era necesario conocer la identidad de esos intermediarios e incluso la necesidad de interrogar algunos para verificar la veracidad de los testigos. De hecho, algunos de estos testigos han señalado que fueron inducidos a mentir por los intermediarios y que estos también habrían ofrecido dinero por su testimonio. Por este motivo, la Sala de Primera Instancia ordenó el 12 de mayo de 2010 que se diera a conocer a la defensa la identidad de tres de estos intermediarios (los intermediarios signados con los números 143, 316 y 321)¹¹. La Fiscalía se negó a entregar la identidad del intermediario 143. La Corte pidió a la Unidad de Víctimas y Testigos que informara sobre las condiciones de peligro para el intermediario 143 de informarse su identidad a la defensa y las medidas de protección que se podían acordar con el intermediario. El intermediario, en definitiva, no aceptó las medidas de protección que se le ofrecieron¹². La Fiscalía, después de varias oportunidades en que señaló que cumpliría con el requerimiento de la Sala, finalmente decidió resistirse, alegando que no podía poner en riesgo la seguridad del intermediario. Por este motivo la Sala, finalmente, decidió nuevamente dictar un sobreseimiento (8 de julio de 2010) y ordenar la libertad de Lubanga (15 de julio de 2010). La Sala de Apelaciones dejaría sin efecto tanto el sobreseimiento y la orden de libertad, el 8 de octubre de 2010.

La Sala de Primera Instancia miró la negativa de la Fiscalía a cumplir con su orden de revelar la identidad del intermediario 143 como un verdadero abuso del procedimiento:

31. Therefore, the Prosecutor has elected to act unilaterally in the present circumstances, and he declines to be “checked” by the Chamber. In these overall circumstances, it is necessary to stay these proceedings as an abuse of the process of the Court because of the material non-compliance with the Chamber’s orders of 7 July 2010, and more generally, because of the Prosecutor’s clearly evinced intention not to implement the Chamber’s orders that are made in an Article 68 context, if he considers they conflict with his interpretation of the prosecution’s other obligations¹³.

¹¹ Decision on Intermediaries, 12 May 2010, ICC-01/04-01/06-2434-Conf-Exp. La versión pública se realizó el 31 de mayo de 2010.

¹² Trial Chamber Decision on the Prosecution’s Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU, 8 July 2010, párrafo 6.

¹³ *Ibid.*, párrafo 31.

Entre las razones que otorgó la Fiscalía para negarse a cumplir la orden estaba su supuesto poder para realizar, con independencia de las interpretaciones de la Corte, una interpretación del Estatuto y de las Reglas de la Corte con miras a la protección de las personas que participan en el procedimiento. La Sala de Primera Instancia sostuvo que esto era inaceptable: no puede el fiscal desafiar la interpretación que hace el órgano jurisdiccional en estos casos. Los párrafos 20, 21 y 23 de la decisión de la Sala son elocuentes:

20. The history set out above reveals two concurrent but essentially different problems. The first –the immediate cause of the present hiatus– is the Prosecutor’s unequivocal refusal to implement the repeated orders of this Chamber to disclose the identity of 143 (in highly restricted circumstances, determined by the Chamber). It may well be that this first difficulty is time limited, in the sense that a delay of a few days or weeks may result in the prosecution’s objections evaporating once protective measures, acceptable to 143, have been implemented. [...]

21. The second problem, however, reveals a more profound and enduring concern. The Prosecutor, by this refusal to implement the orders of the Chamber and in the filings set above, has revealed that he does not consider that he is bound to comply with judicial decisions that relate to a fundamental aspect of trial proceedings, namely the protection of those who have been affected by their interaction with the Court, in the sense that they have dealings with the prosecution’. Essentially, for the issues covered by Article 68 in this way, he appears to argue that the prosecution has autonomy to comply with, or disregard, the orders of the Chamber, depending on its interpretation of its responsibilities under the Rome Statute Framework. [...]

23. The Rome Statute framework makes it clear that the Chamber, once seized of the case, is the only organ of the Court with the power to order and vary protective measures vis-à-vis individuals at risk on account of work of the ICC. [...]

Fue este aspecto de rebeldía del fiscal lo que, finalmente, lleva a la Sala de Primera Instancia a dictar el sobreseimiento de la causa. El problema era grave. Para la Sala esta conducta del fiscal implicaba que no se podía seguir garantizando el debido proceso porque la Corte, en los hechos, ya no estaba en control del procedimiento:

27. No criminal court can operate on the basis that whenever it makes an order in a particular area, it is for the Prosecutor to elect whether or not to implement it, depending on his interpretation of his obligations. The judges, not the Prosecutor, decide on protective measures during the trial, once the Chamber is seized of the relevant issue, as regards victims, witnesses and others affected by the work of the Court, and the prosecution cannot choose to ignore its rulings. It is for the Chamber

to determine whether protective measures are necessary...; their nature, and whether they are consistent with the accused's right to a fair trial. These are issues for the Court, and the Court alone, to determine, having heard submissions and having considered all the information the judges consider necessary and relevant. The Prosecutor now claims a separate authority which can defeat the orders of the Court and which thereby involves a profound, unacceptable and unjustified intrusion into the role of the judiciary.

La Sala de Apelaciones sostuvo que efectivamente el fiscal había violado el Estatuto al no dar cumplimiento a las órdenes de la Sala de Primera Instancia. Reiteró que, conforme al artículo 64 del Estatuto, corresponde a la Sala de Primera Instancia velar porque se respeten las condiciones de un juicio justo, expedito y donde se respeten los derechos del acusado¹⁴. El fiscal llegó incluso a argumentar que no existía una relación de jerarquía entre la Sala de Primera Instancia y la Fiscalía. A esto la Sala de Apelaciones respondió que en materia de protección de los participantes en el juicio la Corte tiene la última palabra y no el Fiscal¹⁵. Sin embargo, la Sala de Apelaciones revocó el sobreseimiento por cuanto estimó que todavía se podían dar las condiciones de un juicio justo donde la Sala de Primera Instancia mantuviera el control del procedimiento¹⁶. La Sala de Apelaciones llamó a la Sala de Primera Instancia a imponer sanciones sobre el fiscal, pero a abstenerse de tomar la drástica determinación de sobreseer la causa¹⁷. Conforme a esta decisión, el juicio contra Thomas Lubanga ha continuado.

Estas situaciones que se han presentado en el caso Lubanga tienen dos explicaciones. Por una parte, es claro que el tema de la confidencialidad de cierta información que se recibe por la Fiscalía y el empleo de intermediarios, cuya identidad también se mantiene en secreto, es el resultado, en buena medida, de la lejanía de la Corte con la evidencia que se encuentra en el sitio de los sucesos. Un tribunal doméstico tiene muchas más oportunidades de acceder a la prueba en forma directa.

Los intermediarios, en particular, merecen unas palabras adicionales. Estas personas consiguen testigos a cambio de dinero, lo cual desde luego es un método de trabajo riesgoso. Las policías al interior de los países no deben recibir incentivos para encontrar pruebas. El peligro de que esos incentivos lleven a la fabricación de prueba es demasiado alto.

¹⁴ Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I of 8 July 2010 entitled "Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU, 8 October 2010", párrafo 47.

¹⁵ *Ibid.*, párrafo 52.

¹⁶ *Ibid.*, párrafos 58 y 59.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 60.

La segunda explicación para los escollos que ha encontrado el caso Lubanga se deben a la presión que el mismo fiscal ha puesto sobre sí para juzgar ciertas situaciones. En relación con la negativa del fiscal a entregar a la defensa el material confidencial del que disponía, Kai Ambos ha señalado:

“[...] es justo decir que desde el principio de la investigación en el caso Lubanga la Fiscalía hizo un uso demasiado generoso del artículo 54(3)(e), prometiendo confidencialidad a quienes proveían información sin tener en cuenta suficientemente sus obligaciones de divulgación y los respectivos derechos del acusado”¹⁸.

De hecho, Kai Ambos piensa que esta forma de actuar de la Fiscalía se debe a que esta quería realizar una investigación rápida:

“[...] la escalada de conflictos en el caso Lubanga... es consecuencia de la estrategia equivocada de la Fiscalía de focalizarse en la información confidencial a fin de presentar resultados rápidos en la investigación. La Fiscalía se esforzó por conseguir un éxito rápido, pero no sustentable, al pretender ‘obtener una amplia variedad de material al amparo de la confidencialidad’, sin llevar a cabo, en primer término, una investigación adecuada, y sin prestar debido respeto a los derechos fundamentales de divulgación del imputado”¹⁹.

Esta presión que el fiscal ha puesto sobre sí puede ser un efecto de la política de autorremisiones que ha iniciado la Fiscalía, de otro modo, es difícil explicar que la Oficina del fiscal esté dispuesta a arriesgar un sobreseimiento de la causa por incumplimiento de obligaciones procedimentales, antes que una declaración de inocencia del acusado. Después de haber sacado el caso de los tribunales domésticos sería demasiado bochornoso no poder obtener de la CPI una sentencia condenatoria para el acusado.

El caso Lubanga continúa. Todavía existe la posibilidad de que dicte una sentencia condenatoria. Lo que no se puede negar, es que este caso ha traído un daño enorme a la legitimidad de la Corte.

¹⁸ AMBOS, Kai. “Investigaciones Confidenciales (Art. 54 (3)(e), Estatuto de la CPI) vs. Obligaciones de divulgación – El caso Lubanga y el derecho nacional”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3 (2010), p. 190.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 207-208.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, Kai. “Investigaciones Confidenciales (Art. 54 (3)(e), Estatuto de la CPI) vs. Obligaciones de divulgación – El caso Lubanga y el derecho nacional”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 3, 2010. Madrid, España: Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- HENCKAERTS, Jean-Marie and DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2005.
- KLEFFNER, Jann. *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2008.
- PLATTNER, Denise. “The penal repression of violations of international humanitarian law applicable in non- international armed conflicts”, *En: International Review of the Red Cross*, 1990. Suiza: Cruz Roja.
- SCHABAS, William. “Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts”, en: *19 Criminal Law Forum*, Vol. 19, N°. 1, 2008. Vancouver, Canada: Society for the Reform of Criminal Law.
- _____. *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2010.
- STINGEN, Jo. *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.