

XIV HIAIlg, 5970

PANORAMA INTERNACIONAL
SOBRE JUSTICIA PENAL

Proceso penal y justicia
penal internacional

Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados
Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2007

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 393

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero
Edición y formación en computadora: Daniel García Castillo

CONTENIDO

Presentación	XI
Sergio GARCÍA RAMÍREZ Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL	
Palabras de Sergio García Ramírez	XIII
Discurso de Mireille Delmas-Marty	XXI
Palabras de Diego Valadés	XXV

DERECHO PROCESAL PENAL

Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale	3
Mireille DELMAS-MARTY	
Los juicios militares en Estados Unidos a la luz del derecho comparado	17
Douglass CASSEL	
La nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica.	25
Juan Enrique VARGAS VIANCOS	
La construcción de un derecho procesal penal europeo: tendencias actuales y perspectivas de futuro.	65
Fernando GASCÓN INCHÁUSTI	
El concepto de prueba ilícita en el proceso penal mexicano. Primera aproximación	123
Carlos F. NATARÉN NANDAYAPA	

Primera edición: 2007

DR © 2007, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-970-32-4413-3 (obra completa)
978-970-32-4415-7 (tomo I)

ENJUICIAMIENTO DE CRÍMENES INTERNACIONALES
EN EL NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL:
ENTRE JUSTICIA Y REALPOLITIK*

Kai AMBOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Iniciando una Investigación motu proprio*. III. *Cooperación de los Estados en la etapa de investigación*. IV. *Posibles presiones sobre Estados que no quieren cooperar*. V. *La complementariedad y los sistemas de justicia penal*. VI. *Problemas con la jurisdicción universal y la solución alemana*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Penal Internacional en La Haya (en adelante CPI o Corte) es la primera corte penal internacional permanente en la historia de la humanidad basada en un tratado internacional. Se estableció el 17 de julio de 1998 por más de 120 países, adoptando el llamado "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (en adelante el Estatuto o Estatuto de la CPI), en la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas de Plenipotenciarios para la instauración de una CPI. Actualmente (5 de septiembre de 2006), 102 países han ratificado el Estatuto y 139 lo han suscrito,¹ entró en vigor el 1o. de julio de 2002 y hasta el 1o. de febrero de 2006, se habían recibido² 1732 comunicaciones procedentes de ciudadanos o grupos de 103 di-

* Traducción del inglés de Gilda Bautista Ravelo e Isabel Montoya Ramos. Revisión y actualización del autor.

¹ Para la lista actualizada de las suscripciones y ratificaciones véase: www.icc-cpi.int/asp/statesparties.html; también: www.iccnw.org/countryinfo/worldsignatureratifications.html y web.amnesty.org/pages/icc-signatures_ratifications-eng. Sobre el histórico evento de la suscripción número 100, véase: www.iccnw.org/100th/index.html.

² Véase, la actualización sobre comunicaciones, en la Oficina del fiscal: www.icc-cpi.int/organs/otp/otp_com.html. De acuerdo con el reporte de actividades de la Corte,

ferentes Estados que denunciaron crímenes cometidos en 139 Estados. Solamente en tres situaciones o casos se ha abierto una investigación formal, de acuerdo con el artículo 53 del Estatuto.³ Dos de estas situaciones han sido referidas al fiscal por Estados miembros con base en el artículo 13, punto 1, inciso a y 14 del Estatuto (Uganda y la República Democrática de Congo) y una por el Consejo de Seguridad con base en el artículo 13, punto 1, inciso b (Darfur, Sudán).⁴ Existe una cuarta situación referida por la República Centroafricana que permanece bajo análisis, así como una situación atraída ante la Corte por una declaración de aceptación de jurisdicción de un Estado no miembro (Costa de Marfil) de conformidad con el artículo 12, punto 3, del Estatuto. Así, ninguna de las tres investigaciones en curso es una investigación *motu proprio*, es decir, en ninguna de estas investigaciones el fiscal actuó *ex officio*, con base en las facultades que le asignaron los Estados parte por concepto del artículo 15, confiando en la información submitida en forma de las mencionadas comunicaciones, por víctimas de delitos (canalizadas por la ONU u otras organizaciones, véase artículo 13, punto 1, inciso c, y 15 del Estatuto de la CPI). Más adelante volveremos a este tema.

II. INICIANDO UNA INVESTIGACIÓN *MOTU PROPRIO*

Esto nos lleva a la posición del fiscal en el sistema procesal de la CPI. Desde el inicio mismo de las negociaciones de la CPI, los Estados querían un fiscal independiente y fuerte, comparable con el fiscal de los sistemas nacionales de justicia penal, quien —desde luego— tiene la facultad de iniciar investigaciones *ex officio*.⁵ Claramente había una fuerte resistencia en contra de esta facultad *motu proprio* del fiscal por parte de

16 de septiembre de 2005, ICC-ASP 4/16, Asamblea de Estados parte, cuarta sesión en la página 7, www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-4-16_English.pdf.

³ Véase *op. cit.*, nota 2.

⁴ Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad adoptada por voto, 11 en favor, 1 en contra y 4 abstenciones (Argelia, Brasil, China, Estados Unidos), véase <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/sc8351.doc.htm>.

⁵ Véase “La Declaración de Friburgo sobre la Posición del Fiscal de la Corte Penal Permanente Internacional” L. Arbour/A. Eser/K. Ambos/A. Sanders (eds.), *The Prosecutor of a permanent ICC*, Freiburg im Breisgau (Instituto Max Planck), 2000, p. 667 y ss. (impresa en inglés, francés, español y alemán).

Estados importantes, sobre todo de Estados Unidos de América, pero también de China e India. En aquel tiempo (1998), la administración Clinton sufrió la investigación del consejero independiente Kenneth Starr en el asunto Lewinsky y fue, por tanto, altamente sensato para cualquier fiscal independiente quien, casi como una bomba de tiempo activa, podía en cualquier momento explotar y volverse loco. Bajo la luz de esta controversia, en las negociaciones en Roma, el mejor compromiso que pudo alcanzarse fue el de proveer un oportuno control judicial de las investigaciones del fiscal y esto fue el origen de la denominada Cámara de Cuestiones Preliminares “*Pre-Trial Chamber*” (diseñada según de la Cámara de Acusación Francesa “*Chambre d’Accusation*” y el Gran Jurado de Estados Unidos). Esta Cámara interviene en un momento muy temprano para una investigación *motu proprio*, concretamente cuando el fiscal concluye “que existe un fundamento razonable para proceder con una investigación [...]” (artículo 15, punto 3, del Estatuto de la CPI). Esta intervención se desarrolla mucho antes que en los procedimientos penales nacionales comparables, como por ejemplo en el alemán *Zwischenverfahren*. En tanto esto puede dar lugar a críticas desde una perspectiva procesal, la alternativa de un control político del fiscal, por ejemplo, por el Consejo de Seguridad, (y por tanto, por los Estados Unidos) era un escenario mucho peor. Finalmente el Consejo de Seguridad ganó una facultad de iniciar una investigación (artículo 13, inciso b) y el derecho de suspender una investigación o juicio por 12 meses renovable (artículo 16). Sea como fuere, mientras que la historia de la negociación puede explicar las restricciones impuestas al fiscal de la CPI durante la fase del pre-juicio, no explica por qué el fiscal no ha invocado su facultad explícita *motu proprio* hasta ahora.

Como ya se había mencionado, al principio de este trabajo, a pesar del enorme número de comunicaciones enviadas a la CPI, ni siquiera una de esas comunicaciones ha iniciado una investigación formal en el sentido del artículo 53 del Estatuto. De acuerdo con información reciente de la Oficina del fiscal,⁶ 80% de estas comunicaciones estaban evidentemente fuera de la jurisdicción de la Corte; en 5% de las comunicaciones, la

⁶ *Op. cit.*, nota 2. Para el manejo de las referencias y comunicaciones en general, véase la Oficina del fiscal, anexo al “Documento sobre algunas políticas ante la Oficina del fiscal”. Referencias y comunicaciones, www.icc-cpi.int/library/organs/otp/policy_annex_final_210404.pdf.

Corte carecía de jurisdicción temporal (artículo 11 Estatuto de la CPI) dado que las comunicaciones se refirieron a asuntos anteriores a la entrada en vigor del Estatuto de la CPI el 1o. de julio de 2002; en 24% de los alegatos no se estaba dentro del ámbito de aplicación de la competencia material, es decir, no hacían referencia a genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra⁸ (artículos 5-8 Estatuto de la CPI), 13% se refirieron a supuestos crímenes fuera de la competencia personal o territorial (artículo 12 del Estatuto de la CPI);⁹ último pero no menos importante, 38% de las comunicaciones estaban manifiestamente mal fundadas, por ejemplo, incluían demandas de conspiración general sin detalles específicos o concernientes a políticas locales o nacionales.

El 20% restante de las comunicaciones (es decir, 346 comunicaciones en números absolutos), las cuales de acuerdo con la Oficina del fiscal, serían analizadas después, fueron agrupadas por situaciones. Sin embargo, la Oficina del fiscal no mencionó cuántas situaciones fueron identificadas en total. Sólo bajo el título "Análisis de Situación", se refiere a 23 en total, incluyendo las que surgieron de comunicaciones y las tres que refirieron los Estados (Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana); la que el Consejo de Seguridad refirió (Darfur, Sudan), y la declaración *ad hoc* de un Estado no miembro (Costa de Marfil).¹⁰ Así parece como si la Oficina del fiscal redujera las 346 comu-

⁷ De conformidad con el artículo 11 del Estatuto la "Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto", es decir, después del 1o. de julio de 2002. También tendrá competencia si un Estado ratificó el Estatuto después del cierre para la suscripción. En este caso, para este Estado, el Estatuto entra en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión" (artículo 11, punto 2, y 126, punto 2, del Estatuto).

⁸ Conforme al artículo 5o. del Estatuto, la Corte tiene competencia respecto de crímenes de lesa humanidad, de guerra, de genocidio, y el crimen de agresión (este último es todavía objeto de discusión para encontrar una definición, la cual no se ha acordado, párrafo 2). De esta manera, los crímenes "ordinarios" como el homicidio, robo o violación se encuentran fuera de la competencia material de la Corte. Sobre los crímenes, véase Ambos, Kai, *Internationales Strafrecht, München*, Alemania, Beck, 2006, § 7, notas marginales (núm.) 122 y ss.; *id.*, en: AIDP (ed.), *International Criminal Law Quo vadis?*, Nouvelles Études Pénales Toulous, 2004, pp. 219-282; *id.*, Los crímenes más graves en el derecho penal internacional, Mexico Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.

⁹ Artículo 12, punto 2, limita la competencia formal de la CPI al territorio de Estado parte (inciso a) o al Estado del que sea nacional el sospechoso del crimen (inciso b).

¹⁰ *Op. cit.*, nota 4.

nicaciones restantes a 18 situaciones (23 menos 5). De un total de 23 situaciones (18 comunicaciones basadas en el artículo 15) seis han sido desechadas, siete permanecen bajo "reporte básico" y 10 se encuentran en "análisis intenso".¹¹ De estas 10 situaciones, tres han conducido a la etapa de investigación (República Democrática del Congo, Uganda y Sudán, como se mencionó anteriormente), dos han sido desechadas (Irak y Venezuela)¹² y cinco permanecen bajo análisis. La Oficina del fiscal no menciona cuáles son estas cinco situaciones pero puede ser inferido de las todavía pendientes, entre las cuales República Centroafricana y Costa de Marfil seguramente pertenecen a ellas. De las tres que restan, seguramente una —por conocimiento del autor— se refiere a Colombia, las otras a Afganistán, Burundi, Irak o Nigeria.¹³ Por lo que respecta a la relación entre situaciones que se originaron de comunicaciones y que, por tanto, están legalmente basadas en la facultad *motu proprio* del fiscal y las que están basadas en otros mecanismos de acción provistos por el Estatuto de la CPI (Estado y Consejo de Seguridad referencia o declaración de la aceptación de la jurisdicción), esto significa que cinco de estas 10 situaciones tuvieron origen en las comunicaciones, dos que fueron desechadas (Iraq, Venezuela) y tres que permanecen bajo análisis. En otras palabras, mientras que algunas comunicaciones (las que están agrupadas en estas tres situaciones) han estado en la etapa de análisis intensivo y ninguna ha alcanzado la etapa de investigación conforme al artículo 53 del Estatuto de la CPI.

La poca relevancia del gran número de comunicaciones enviadas a la Corte merece una atención especial y ocasiona varias preguntas legales y de hechos, cuyo análisis, como quiera que sea, iría más allá del alcance de este documento. Queda claro que algunos piden un control o una intervención judicial por la Cámara de Pre-Juicio a nombre de las víctimas que no ven reconocidos sus intereses en forma suficiente por la Oficina del fiscal. Empero, es difícil entender que ninguna comunicación (como parte de una situación) alcance una investigación (formal) y que segura-

¹¹ *Op. cit.*, nota 2; texto con notas al pie 5 y 7, distingue entre "reporte básico" ("fase II-A") y "mas detallado e intenso análisis" ("fase II-B y fase III").

¹² *Idem.*

¹³ Estas fueron las situaciones que estaban en fase II, *op. cit.*, nota 11, en septiembre de 2005 (entrevista con Xabier Aguirre, principal analista de casos de la CPI-Oficina del Fiscal (La Haya 30 de septiembre de 2005).

mente mejoraría, en su totalidad, la imagen de la Oficina del fiscal y de la Corte, si esto llegara a suceder en un futuro.

Tomando, por ejemplo, el caso de Colombia, en donde hace décadas hubo un largo conflicto armado entre insurgentes, las Fuerzas Armadas Oficiales y paramilitares, miles de civiles fueron asesinados, torturados, desaparecidos, etcétera.¹⁴ Mientras Colombia ratificó el Estatuto hasta el 5 de agosto de 2002, es decir, entró en vigor (para Colombia) el 10. de noviembre de 2002 (artículo 126 (2)) y en adición el gobierno invocó el artículo 124 para excluir de la jurisdicción de la Corte los crímenes de la Guerra de Siete Años (es decir, hasta el 10. de octubre de 2009), no iba a ser difícil encontrar crímenes cometidos contra la humanidad realizados después del 10. de octubre de 2002 en territorio colombiano por los nacionales colombianos. En otras palabras, si el jefe de la fiscalía, el argentino Luis Moreno Ocampo, estuviera dispuesto a investigar la situación colombiana *motu proprio*, podría hacerlo. Siendo así, ¿por qué no ha hecho nada hasta ahora? La respuesta a esta pregunta esta ligada a la *Realpolitik* y nos trae de regreso a uno de los temas principales de este pequeño estudio.

III. COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

Posiblemente la expresión más evidente de la dependencia de la CPI en particular y de tribunales penales internacionales en general de la *Realpolitik*, se encuentra en la área de la cooperación o no cooperación de los Estados con estos tribunales. Permítanme hacer primero algunas observaciones generales sobre la cooperación entre Estados *vis a vis* la cooperación de Estados con los tribunales penales internacionales antes de entrar en algunos problemas técnicos.

1. Aplicación del derecho penal internacional, cooperación vertical y obligación de cooperar

El derecho penal internacional se puede hacer cumplir directamente (*modelo directo de aplicación*) por las cortes penales internacionales o

¹⁴ Véase el más reciente Reporte 2006 del Observador Mundial de Derechos Humanos sobre los eventos de 2005, Colombia, pp. 179-186, <http://hrw.org/wr2k6/wr2006.pdf>.

indirectamente (*modelo indirecto de aplicación*) por las cortes nacionales.¹⁵ Uno puede hablar solamente de la aplicación directa del derecho penal internacional en un sentido genuino si los tribunales internacionales en cuestión tienen facultades *supranacionales* para hacer cumplir sus propios actos y decisiones, tales como arrestar criminales o realizar investigaciones en territorio soberano. Esto solamente es el caso para tribunales establecidos por ocupación, como es el caso de Nuremberg y Tokio, así como el tribunal especial en Irak; sin embargo, las facultades de estos tribunales se encuentran limitadas al territorio ocupado.¹⁶

Como regla general, los tribunales internacionales dependen de la cooperación de los Estados, no solamente para avanzar en la investigación de crímenes internacionales sino también para la ejecución de las eventuales sentencias.¹⁷ Los tribunales internacionales son así, copiando la famosa frase del procesalista alemán Eduard Kern acerca del sistema judicial penal internacional, *como una cabeza sin brazos*.¹⁸ Desde esta perspectiva, existe, en el sentido genuino mencionado arriba, una implementación indirecta de la legislación penal internacional por parte de los tribunales internacionales; ellos dependen, en otras palabras, de un *modelo indirecto de aplicación* para funcionar correctamente.¹⁹

Es evidente que debe haber también *reglas y principios de cooperación* entre los tribunales internacionales y los Estados. En principio, las mismas reglas que rigen para la cooperación tradicional (extradición, asistencia legal y ayuda en la ejecución de sentencias) entre Estados se aplican en relación con los tribunales internacionales. Sin embargo, existen mayores diferencias respecto a la terminología, requisitos previos y procedimientos de la cooperación. Cuando se trata de reglas de cooperación vale la pena precisar que el término correcto es *cooperación vertical* para la relación entre tribunales supranacionales por un lado y organis-

¹⁵ G. Werle, *Völkerstrafrecht* (2003), núms. 195 y ss.; M. C. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2003, pp. 18 y ss., y 333 y ss.

¹⁶ Cfr. A. Ciampi, en A. Cassese y P. Gaeta y J. R. Jones (eds.), *The Rome Statute of the ICC, a Commentary*, 2000, vol. 2, pp. 1711 y ss.

¹⁷ C. Kreß et al., en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999), Parte 9, núm. 1 y ss.; A. Ciampi, *op. cit.*, nota 16, pp. 1607 y ss.; B. Swart en: A. Cassese y P. Gaeta y J. R. Jones (eds.), *op. cit.*, nota 16, pp. 1589 y ss.

¹⁸ E. Kern, *Gerichtsverfassungsrecht* (1965), p. 227 con respecto a la relación entre el fiscal y la policía.

¹⁹ Cfr. M. C. Bassiouni, *op. cit.*, nota 15, pp. 18 y ss., y 388 y ss.

mos internacionales y Estados por el otro.²⁰ Esta cooperación vertical se diferencia de la *cooperación horizontal* entre los Estados soberanos iguales²¹ en el hecho de que en la última no existe obligación internacional general de cooperar, pero la cooperación depende de la decisión soberana y voluntaria del Estado en cuestión.²² La cooperación de un Estado a otro exige muchas condiciones previas, las cuales deben ser satisfechas conforme al principio de reciprocidad y a la consideración de otros obstáculos que comprometan su eficacia.²³ La meta de un eficiente sistema de cooperación horizontal (regional) debe ser la reducción de esos obstáculos.

En un régimen de cooperación vertical, ésta, en teoría, no debe depender de la decisión soberana de los países involucrados, pero éstos se ven, como regla general, obligados a cooperar. Así, los tribunales *ad hoc* establecidos por el Consejo de Seguridad de la ONU pueden dirigir peticiones y órdenes a los Estados miembros de la ONU. Su obligación de cooperar resulta directamente del efecto vinculatorio de las resoluciones del Consejo de Seguridad (artículo 25 del Estatuto de la ONU) que establecieron los estatutos de los tribunales *ad hoc* y como tal, una obligación de cooperar (véase, por ejemplo, artículo 29 del Estatuto del Tribunal Penal Interna-

²⁰ *Fiscal vs. Blaskic*, sentencia de apelación del 29 de octubre de 1997 (IT-95-14-AR108bis.), párrafo 47 y 54 p.f.. Más detalles respecto de la cooperación vertical en G. Sluiter, *International Criminal Adjudication and The Collection of Evidence*, 2002, pp. 82 y ss.; G. Sluiter, en H. Fischer y C. Kreß y S. R. Lüder (eds.), "The Rules of Procedure and Evidence on Cooperation and Enforcement", 2001, pp. 688 y ss.; B. Swart, *op. cit.*, nota 17, pp. 1592 y ss.; J. Meißner, *Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut*, 2003, pp. 10 y ss. Acerca de la cooperación con organizaciones intergubernamentales véase el artículo 87, punto 6, del Estatuto.

²¹ *Cfr.* B. Swart, *op. cit.*, nota 17, pp. 1590 y ss.; G. Sluiter 2002, *op. cit.*, nota 20, pp. 81 y ss.; K. Ambos, *Finnish Yearbook of International Law* 1998, pp. 413 y ss.; W. Schomburg y O. Lagodny, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 3a. ed., 1998, introducción núms. 45 y 46; J. A. Vervaele y A. Klip, *European cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities* (2002), pp. 35 y ss.; C. Kreß en H. Grützner y P.-G. Pötz (eds.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 63. Ergänzungslieferung (2004), comentarios preliminares al III 26, núms. 205 y ss.; C. Kreß *et al.*, *op. cit.*, nota 17, parte 9, núm. 3; P. Wilkitzki, *International Criminal Law Review*, 2002, p. 198; J. Meißner, *op. cit.*, nota 20, pp. 10 y ss. y 275 y ss.

²² K. F. Nagel, *Beweisaufnahme im Ausland*, 1988, p. 72; H. Grützner, en M. C. Bassiouni y V. Nanda (eds.), *A Treatise on International Criminal Law*, 1973, pp. 234 y ss.; B. Swart, *op. cit.*, nota 17, pp. 1590 y ss.

²³ *Cfr.* B. Swart, *op. cit.*, nota 17, pp. 1590 y ss.; M. C. Bassiouni, *op. cit.*, nota 15, pp. 333 y ss.; G. Sluiter 2002, *op. cit.*, nota 20, pp. 81 y ss.; J. Meißner, *op. cit.*, nota 20, pp. 12 y ss.

cional para la ex Yugoslavia y en el artículo 28 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda).²⁴ Estos estatutos, por sí, no contienen ningún argumento por el que se niegue la cooperación;²⁵ de igual forma, las reglas nacionales y las obligaciones convencionales internacionales que se oponen a los estatutos, no pueden, en principio, ser usadas como argumentos para la negación de la cooperación. En caso de incumplimiento, el Consejo de Seguridad de la ONU puede imponer sanciones al país que cometa la violación.²⁶

Durante las negociaciones del Estatuto de la CPI, los países que adoptaron una posición crítica hacia la Corte abogaron por un régimen de cooperación basado en las reglas horizontales tradicionales de la ayuda mutua, mientras que los países favorables a la Corte (*like minded countries*) propusieron una nueva forma de cooperación *sui generis* que tome en cuenta la posición particular de la CPI.²⁷ Como resultado el Estatuto de la CPI ahora contiene un *régimen mixto de cooperación* que es, por una parte, menos vertical que el de los tribunales *ad hoc* pero, por la otra, va más allá de una cooperación simplemente horizontal.²⁸ Este re-

²⁴ *Cfr.* A.-L. Chaumette, *International Criminal Law Review* 2004, pp. 357 y ss. Los acuerdos bilaterales sobre cooperación, como los que existen entre Estados Unidos y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda son, por lo tanto, superfluos desde que los Estados parte de la ONU establecieron los requisitos de cooperación en sus leyes domésticas (*cf.* G. Sluiter 2002, *op. cit.*, nota 20, pp. 63 y ss.; J. Godinho, *Journal of International Criminal Justice* 2003, pp. 502 y ss.; para una visión contraria véase R. Kushen, *Journal of International Criminal Justice* 2003, pp. 517 y ss.).

²⁵ *Cfr.* *Fiscal vs. Blaskic*, *op. cit.*, nota 20, párrafos 26, 47, 54 y 63; véase también los artículos 25 y 103 del Estatuto de la ONU. C. Kreß, *op. cit.*, nota 21, III 27, núm. 57; B. Swart, *op. cit.*, nota 17, pp. 1592 y ss.; A. Ciampi, *op. cit.*, nota 16, pp. 1610-11; A. Cassese, *International Criminal Law* (2003), pp. 357 y ss.; G. Sluiter 2002, *op. cit.*, nota 20, pp. 47 y ss. y 139 y ss.

²⁶ *Fiscal vs. Blaskic*, *op. cit.*, nota 20, párrafos 26-31, 33-37 y reglas 7-11, 59 (b) y 61 (e) del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia-Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

²⁷ Para más detalles sobre las negociaciones P. Mochochoko, en R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court*, 1999, pp. 305 y ss.; C. Kreß, "Criminal Law and Criminal Justice", *European Journal of Crime*, 1998, pp. 449 y ss.; C. Kreß *et al.*, *op. cit.*, nota 17, parte 9, núm. 4.

²⁸ Véase, C. Kreß, *op. cit.*, nota 21, comentario preliminar III 26, núm. 206, para ejemplos de elementos horizontales y verticales; B. Swart, *op. cit.*, nota 17, pp. 1594 y ss.; C. Kreß *et al.*, *op. cit.*, nota 17, parte 9, núm. 5; Ambos, Kai, *op. cit.*, nota 21, pp. 413

sultado es consecuencia del hecho de que el régimen de cooperación de la CPI está basado en un tratado de derecho internacional que debe reconciliar los conflictos de intereses antes mencionados, y que no puede ser impuesto por el Consejo de Seguridad de la ONU. En esencia, el deber de cooperar previsto en el artículo 86 del Estatuto de la CPI, primero que nada, presupone la ratificación de los Estados de este tratado o por lo menos la conclusión de un *acuerdo ad hoc* conforme al artículo 87, punto 5, del Estatuto de la CPI.²⁹ Por tanto, se tiene que hacer una distinción entre la obligación general de los Estados parte de cooperar y la obligación limitada de los Estados que no son parte del tratado. Además, la obligación de cooperar esta vinculada con las investigaciones del fiscal (*Anklagebehörde*), pues, constituye una condición para la autorización de una investigación por la Cámara de Pre-Juicio según el artículo 15, punto 4, o la decisión de abrir la investigación según el artículo 53, punto 1, del Estatuto de la CPI.³⁰

Existen también algunos argumentos para negar la cooperación. Por ejemplo, la *entrega de una persona* puede ser pospuesta si una decisión de admisión todavía no ha sido resuelta por la CPI (artículo 17, punto 1, inciso c, artículo 20, punto 3, del Estatuto de la CPI) o si un conflicto sobre la admisibilidad conforme a los artículos 18 y 19 está pendiente (artículo 95 del Estatuto de la CPI).³¹ También, el régimen de incumplimiento en relación con la obligación de cooperar es diferente entre los Estados parte y los no parte. En caso de un incumplimiento en la cooperación, la CPI puede hacer una declaración al respecto y referir el problema a la Asamblea de los Estados parte, o cuando el Consejo de Seguridad había enviado el asunto a la Corte, al mismo Consejo de Seguridad (artículo 87, punto 7, y artículo 112, punto 2, inciso, f).³² En el caso de

y ss. J. Meißner, *op. cit.*, nota 20, pp. 275 y ss.; G. Sluiter 2002, *op. cit.*, nota 20 pp. 82 y ss.; P. Caeiro, en V. Moreira et al., *O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa*, 2004, pp. 69-157 at p. 70.

²⁹ G. Sluiter 2002, *op. cit.*, nota 20, pp. 68 y ss.; A. Ciampi, *op. cit.*, nota 16, pp. 1615 y ss.; C. Kreß et al., *op. cit.*, nota 17, artículo 87, núms. 18 y ss.; G. Palmisano, en F. Lattanzi y W. A. Schabas (eds.), *Essays on the Rome Statute*, 1999, pp. 402 y ss.

³⁰ CPI-Oficina del Fiscal, 2003, 10.

³¹ Para más ejemplos y referencias véase Ambos, Kai, *op. cit.*, nota 8, §8, núm. 65, 79.

³² Cfr. C. Kreß, *op. cit.*, nota 17, artículo 86, núms. 1 y ss.; A. Ciampi, *op. cit.*, nota 16, pp. 1608 y ss.; C. Kreß et al., *op. cit.*, nota 17, artículo 87, núms. 32 y ss.; G. Sluiter, 2002, *op. cit.*, nota 20, pp. 67 y ss. Concerniente a la posición especial del Consejo de Seguridad,

los Estados no miembros, la CPI puede remitir el problema a la Asamblea de los Estados, o si es necesario, al Consejo de Seguridad aunque sin la declaración mencionada arriba.

2. La cooperación en práctica

Si uno desciende de este marco teórico a las cuestiones prácticas, la primera cosa que el fiscal debe saber es con quién cooperar. Esta pregunta debería, junto con otras, ser resuelta con las leyes nacionales de cooperación de los Estados parte, pero hasta ahora solamente pocos de ellos han establecido esta legislación y, básicamente, sólo aquellos en donde la comisión de crímenes internacionales no es muy probable (los Estados miembros de la Unión Europea y del Canadá).³³ Así, el fiscal, en la práctica, será confrontado con la situación de que él quiere investigar en un Estado determinado, pero éste no cuenta con un marco jurídico apropiado sobre la cooperación con la CPI. Éste es el caso en todos los Estados africanos donde hay actualmente investigaciones en curso y por esta razón el fiscal debe buscar acuerdos específicos y por separado con estos Estados para definir las reglas de la cooperación.

Aparte de esto, varios problemas prácticos surgen, independientemente de la existencia de una legislación de cooperación. Un buen ejemplo es la cuestión del transporte y del movimiento dentro de cierto país. Un equipo de investigadores puede más o menos llegar fácilmente de La Haya a la capital de un país "bajo investigación", pero ya el transporte interno debe ser organizado con la ayuda de autoridades locales, por ejemplo, para conseguir la autorización necesaria para comprar o alquilar un auto y realizar un viaje por todo el país. Mientras que los problemas burocrá-

véase: G. Palmisano, *op. cit.*, nota 29, pp. 416 y ss.; P. Gargiulo, en F. Lattanzi y W. A. Schabas (eds.), *op. cit.*, nota 29, pp. 100 y ss.

³³ Cfr. Implementación de Amnistía Internacional <http://web.amnesty.org/pages/icc-implementation-eng>. De acuerdo con el informe "International Criminal Court: The failure of States to enact effective implementing legislation". AI índice: IOR 40/019/2004, 1o. de septiembre 2004 hasta el 23 de agosto 2004, sólo 36 de los 94 Estados parte han promulgado legislación para la implementación de cualquiera de sus obligaciones bajo el Estatuto de Roma. Según la revista ICC Monitor, núm. 32, mayo 2006, p. 5, hasta enero de 2006, 40 de los 100 Estados parte adoptaron legislación referente al Estatuto de Roma. 30 Estados adoptaron legislación material y 32 legislación de cooperación; 37 Estados tienen proyectos de legislación material y 27 de cooperación; 33 no tienen ningún tipo de legislación material y 41 ninguna de cooperación.

ticos se pueden superar con paciencia e insistencia, la carencia de la seguridad para los investigadores puede obstaculizar totalmente una investigación. El gobierno sudanés, por ejemplo, expresó varias veces su desgano general de cooperar con la CPI en la investigación de Darfur³⁴ y cuando la primera misión de la Corte debía llegar a principios de marzo, el ministro de Justicia advirtió que no llegaría a Darfur.³⁵ En la etapa inicial de la investigación el gobierno sudanés incluso amenazó al fiscal: “si usted envía un equipo de investigación, debe ir preparando un segundo, porque el primero no sobrevivirá”. Así, está claro que cualquier investigación de esta clase requiere ayuda militar por las fuerzas locales o multinacionales de la ONU para superar los problemas logísticos y de seguridad. Al final del día, como se sabe de la experiencia en la antigua Yugoslavia, para realizar la detención de un sospechoso se requiere una fuerza policial o militar.

Con este trasfondo, es comprensible que el fiscal vacile en hacer uso de su facultad *motu proprio* contemplada por los artículos 13, inciso c, y 15 del Estatuto de la CPI. Mientras la referencia de un Estado bajo los artículos 13, inciso a, y 14 del Estatuto implica la voluntad de cooperar de ese Estado (de otra manera no sería sensato por parte del Estado pedirle una investigación al fiscal), y una referencia por parte del Consejo de Seguridad bajo el artículo 13, inciso b, tiene el soporte de la autoridad del Consejo de Seguridad y sus poderes bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,³⁶ en caso de una investigación *motu proprio* el fiscal, básicamente está actuando por su cuenta y únicamente puede con-

³⁴ Véase www.alertnet.org/thenews/newsdesk/MCD344183.htm.

³⁵ Tribuna de Sudán “ICC Delegation to Visit Sudan’s Darfur”, 27 de febrero de 2006, www.sudantribune.com/article.php?id_article=14271.

³⁶ En la resolución SC-Res.1593 de 2005, *cfr. op. cit.*, nota 4, el Consejo de Seguridad limitó las facultades de la CPI: “6. Decides that nationals, current or former officials or personnel from a contributing State outside Sudan which is not a party to the Rome Statute of the International Criminal Court shall be subject to the exclusive jurisdiction of that contributing State for all alleged acts or omissions arising out of or related to operations in Sudan established or authorized by the Council or the African Union, unless such exclusive jurisdiction has been expressly waived by that contributing State.” [6. Decide que nacionales, actuales o antiguos oficiales o personal de un país colaborador fuera de Sudán, que no sea parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, será sujeto a la competencia exclusiva de ese país colaborador para todos los actos u omisiones que surjan o se relacionen con operaciones en Sudán establecidas o autorizadas por el Consejo o la Unión Africana, a menos de que esa competencia exclusiva haya sido expresamente renunciada por el Estado colaborador...].”

fiar en el soporte de los que submiten la información bajo el significado del artículo 15, punto 2, es decir, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales. Desde la perspectiva del Estado en cuestión, una investigación *motu proprio* seguramente será considerada como una intrusión en sus asuntos internos, casi como un acto de enemistad, y el Estado hará todo lo posible por frustrar dicha investigación. Este panorama es también aplicable para Colombia donde, por una parte, como se mencionó anteriormente, crímenes dentro de la jurisdicción de la CPI han sido y están siendo cometidos pero, por la otra, el gobierno hace todo para evitar una investigación formal de la CPI. No obstante, por todas estas consideraciones importantes de la *Realpolitik* no se debe perder de vista el objetivo real de la CPI: “poner fin a la impunidad para los perpetradores” de los más importantes crímenes internacionales (preámbulo del Estatuto de la CPI, párrafo 5). Este último objetivo, ciertamente, no siempre se puede posponer por razones de *Realpolitik*. Esto nos conduce a la cuestión de cómo la CPI puede —a pesar de la resistencia de ciertos Estados o gobiernos— asegurar una investigación apropiada.

IV. POSIBLES PRESIONES SOBRE ESTADOS QUE NO QUIEREN COOPERAR

Antes que nada, como se declaró anteriormente, la obligación de cooperar solamente existe para los Estados parte (artículo 86 del Estatuto de la CPI). Los Estados no parte pueden, en ausencia de un acuerdo *ad hoc* (artículo 87, punto 5), solamente ser obligados a cooperar a través de una resolución del Consejo de Seguridad debido a su carácter obligatorio sobre todos los miembros de la ONU, conforme al artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas. En cualquier caso, en cuanto a los Estados obligados a cooperar, la única vía legal de alcanzar su cumplimiento es referir una denuncia de no cooperación —después de una declaración para este efecto, por la Corte— a la Asamblea de los Estados parte (artículo 87, punto 5, inciso b, y punto 7; artículo 112 punto 2, inciso f). Es entonces cuando los Estados parte pueden decidir qué medidas son las adecuadas para asegurar su cumplimiento. En caso de que de una referencia del Consejo de Seguridad, por ejemplo en el caso de Darfur/Sudán, el asunto también puede, como se mencionó arriba (III. 1.), ser referido al Consejo de Seguridad (artículo 87, punto 5, inciso b, y punto 7).

En tanto que éste es, ciertamente, el mejor régimen posible de cumplimiento dentro del marco del tratado en el que se basa la CPI, comparte los problemas de cualquier régimen de cumplimiento en derecho internacional. Mientras que, en teoría, existen diferentes mecanismos de ejecución; por ejemplo, el uso de los estímulos económicos de ayuda y de las sanciones económicas diplomáticas; congelamiento de los activos de los criminales de guerra, ofrecimiento de recompensas individuales y, último pero no menos importante, el uso de la fuerza militar para efectuar la aprehensión;³⁷ en la práctica todos estos mecanismos resultan altamente polémicos.

A parte de esto, el hecho de que nos estamos ocupando de la no cooperación en investigaciones de crímenes cometidos en el territorio o por las fuerzas de ciertos países pertenecientes al "tercer mundo", hace las cosas aun más complicadas. ¿Realmente sería factible, por ejemplo, que la Unión Europea ejerciera presión económica sobre los Estados Africanos sin voluntad de cooperar, en una época de reducción de deuda externa y de la lucha contra la pobreza global? Si la Unión Europea (UE) redujera la ayuda para el desarrollo porque un Estado no coopera con la CPI entraría en conflicto con sus principales objetivos en la política de desarrollo. De hecho, se puede llevar a la actual administración de los Estados Unidos de América dentro de la cómoda posición de argumentar en contra de la CPI como una corte antidesarrollo, con la UE únicamente soportando (financieramente) Estados cooperativos y los Estados Unidos de América, en contraste, beneficiando financieramente la no cooperación. Estas consideraciones, por cierto, superficiales demuestran, que, por un lado, la presión económica puede ser contraproducente, y, por la otra, que la denuncia de no cooperación requiere soluciones más sofisticadas, las cuales, ciertamente, no son fáciles de encontrar.

V. LA COMPLEMENTARIEDAD Y LOS SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL

De acuerdo con el principio de complementariedad, la CPI "complementa" los sistemas de justicia penal domésticos con respecto a la persecución de genocidio, crímenes contra humanidad y crímenes de guerra.

³⁷ Cfr. A. Wartanian, *Georgetown Journal of International Law*, 2005, pp. 1302 y ss.; M.P. Scharf, De Paul, *Law Review*, 2000, pp. 938 y ss.

De hecho, la CPI se mantiene al margen si el Estado "que tiene jurisdicción" investiga los crímenes seriamente y castiga a los responsables. Este principio esta contenido en el párrafo 10 del preámbulo y varias provisiones del Estado, el más importante de los cuales es el artículo 17 (véase también los artículos 1o., 18 y 19). La razón fundamental del principio es que, por un lado, constituye tarea principal de los Estados enjuiciar delitos internacionales, especialmente si fueron cometidos en su territorio; por otro lado, se debe reconocer que la Corte Penal Internacional nunca podrá en términos de su capacidad procesal, sustituir a los Estados en esta tarea. El papel de la CPI, así, en principio, se limita a monitorear o supervisar sistemas nacionales y eventualmente apoyarlos en sus enjuiciamientos nacionales. Esto esta claramente expresado en la iniciativa de algunos Estados para establecer la llamada "Capacidad de Respuesta Rápida de la Justicia" (*Justice Rapid Response Capacity*) de la CPI, para ayudar a Estados dispuestos, pero incapaces, de llevar a cabo sus propios procesos.³⁸

Esto es, generalmente, un acercamiento convincente, no sólo por razones de *Realpolitik* (el Estado territorial está "más cercano" a los hechos, a la evidencia etcétera) pero también debido a que, al final del día, el objetivo final de la persecución de delitos internacionales no es sólo la prevención de la impunidad, en los casos concretos —uno podría llamar esto el *aspecto de los derechos humanos*— sino también la mejora de los sistemas de justicia penal en su totalidad (el *aspecto de la reforma judicial*). En otras palabras, la cuestión del enjuiciamiento de serias violaciones a los derechos humanos por el propio Estado está ligado a la cuestión de reforma judicial, al Estado de derecho, a un mejor acceso a la justicia etcétera. La última meta es alcanzar un sistema gobernado por las reglas de un Estado de derecho y con un acceso a la justicia para todos los ciudadanos, independiente de su situación social. Claramente, ésta es la perspectiva más amplia de gobernabilidad y de la reforma judicial que va

³⁸ Véase "Justice Rapid Response Feasibility Study", octubre de 2005, producido por la petición y apoyo de los gobiernos de Finlandia, Alemania, Liechtenstein, Suecia, Suiza y Reino Unido; véase también Ambos Kai, *op. cit.*, nota 8, § 8, núm. 16. En la quinta reunión sobre el tema se enfatizó el valor de *Justice Rapid Response* como mecanismo de cooperación internacional y se introdujo las siguientes medidas prácticas: "1. Focal Points, 2. Rosters, 3. Training, 4. Standard operating procedures, 5. Cooperation among interested parties, 6. Ultimate coordination of JRR, 7. Promoting participation" (véase *Chair's Conclusions of the Venice Conference on Justice Rapid Response*, 15-17, june 2006).

más allá del aspecto de los derechos humanos; así, los procedimientos de los derechos humanos deberían ser una vía para mejorar los sistemas judiciales; el tema de los derechos humanos no se puede limitar a los delitos internacionales solamente, tiene alcances hacia los otros casos “normales” en todas las áreas del sistema legislativo y judicial.

VI. PROBLEMAS CON LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y LA SOLUCIÓN ALEMANA

La ya mencionada fórmula de “quien tiene jurisdicción sobre él” del artículo 17 del Estatuto es muy amplia. De hecho, tomando seriamente el sentido literal del artículo, cualquier forma de jurisdicción, incluyendo todas las formas de jurisdicción extraterritorial, especialmente la universal, se cubren. Así, un Estado que no tiene ningún vínculo real con el crimen o sospechoso en cuestión, podría demandar jurisdicción con base en el principio de jurisdicción universal, si se trata de un crimen internacional serio (*core crime*) y, por tanto, estaría cubierto por este principio;³⁹ por consiguiente, este Estado tendría primacía sobre la CPI respecto al referido crimen. Concretamente, en el caso de Pinochet, donde varios Estados, *inter alia* España y Alemania, invocaron el principio de jurisdicción universal para enjuiciar a Pinochet ante sus tribunales nacionales, estos Estados tendrían primacía sobre la CPI.⁴⁰ Ésta es, de hecho, la interpretación tomada por la Oficina del fiscal y por la Comisión Internacional de Investigación en Darfur.⁴¹

El último caso muestra claramente que tan amplia interpretación del artículo 17 del Estatuto de la CPI puede generar resultados contraproducentes. Primero, aumentarían, en vez de disminuir, las tensiones entre

³⁹ Véase sobre la razón de ser y el ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal Ambos, Kai, *op. cit.*, nota 8, § 3, núm. 93 y ss.

⁴⁰ Gurmendi, S. Fernández de, jefe del Gabinete de Ministros y consejero especial del fiscal, entrevista con el autor, La Haya, 27 de septiembre de 2005.

⁴¹ Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur a la Secretaría General de las Naciones Unidas, según la Resolución 1564 del 18 de septiembre de 2004 del Consejo de Seguridad, 2005, párrafo 616: “...The ICC should defer to national courts other than those of Sudan which genuinely undertake proceedings on the basis of universal jurisdiction” [“la CPI debería otorgar una prórroga a las cortes nacionales, otras que las de Sudán, que genuinamente emprenden procesos basados en jurisdicción universal”]; Véase también Delmas-Marty, Mireille, JICJ 2006, 6.

Estados que demandan la jurisdicción universal en casos como el de Pinochet y aquellos que consideran el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, en tales casos, como una intervención en asuntos internos. En segundo lugar, dejaría a la CPI virtualmente sin casos, dado que todos los crímenes de la competencia material de la CPI son objeto, *per definitio-nem*, de jurisdicción universal, y podrían, por tanto, ser enjuiciados por Estados en vez de la CPI. Por estas razones, el punto de vista oficial alemán es más restrictivo con respecto al artículo 17 del Estatuto de la CPI, interpretando “quien tiene jurisdicción sobre él” con referencia a las formas tradicionales de competencia, es decir, basada en los principios del territorialidad (activa y pasiva), de personalidad y al principio protector (real).⁴² La ley alemana implementa este punto de vista con una combinación peculiar sustantivo-procesal de normas. La ley sustantiva, es decir, el Código Alemán de Derecho Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*, en adelante: VStGB),⁴³ prevé en el § 1 un amplio principio de jurisdicción universal, indicando que: “Esta ley se aplicará a todas las ofensas penales contra el derecho internacional designadas bajo esta ley, como ofensas penales serias,⁴⁴ incluso cuando la ofensa fue cometida en el extranjero y no tenga ninguna relación con Alemania”.

Esta norma es la solución más amplia posible y refleja la visión alemana expresada en Roma: que para los crímenes más graves como genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, el principio de jurisdicción universal debe aplicarse. Sin embargo, por razones prácticas u, otra vez, *Realpolitik* (*inter alia*, presión de la Oficina del fiscal general federal-*Generalbundesanwaltschaft*), una restricción a este amplio principio sustantivo tiene que encontrarse y, por tanto, § 153f del

⁴² Sobre este principio, véase Ambos, Kai, *op. cit.*, nota 8, § 3, núms. 1 y ss.

⁴³ Para una traducción en varios idiomas (inglés, árabe, chino, español, francés, griego, ruso y portugués) véase www.jura.uni-goettingen.de/k.ambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html.

⁴⁴ En la ley alemana el término “ofensas penales serias” (*Verbrechen*) es usado para denotar ofensas penales (*Straftaten*) que son punibles con no menos de un año de prisión. *Circunstancias atenuantes (y agravantes), como son reguladas, por ejemplo en la sección 8 subsección (5), deben ser desatendidas en este respecto (sección 12 del Código Penal Alemán). Como resultado, todas las ofensas criminales en el VStGB son “ofensas penales serias” (Verbrechen) con la sola excepción de las ofensas penales de las secciones 13 y 14.*

Código de Procedimiento Penal alemán (*Strafprozessordnung*, en adelante StPO) fue creada. Esta compleja norma⁴⁵ señala:

(1) en los casos referidos bajo el § 153c subsección (1), números 1 y 2 [crímenes extra-territoriales], la oficina pública del fiscal puede dispensar el enjuiciamiento de un delito punible conforme a los §§ 6 a 14 del Código de Crímenes contra el Derecho Internacional, si el acusado no está presente en Alemania y no se espera tal presencia. Si en los casos referidos bajo § 153c subsección (1), número 1, el acusado es un alemán, esto se aplicará solamente cuando la ofensa este siendo procesada ante una corte internacional o por un Estado en cuyo territorio la ofensa fue cometida o cuyo nacional fue dañado con la ofensa.

(2) En los casos referidos bajo el § 153c subsección (1), números 1 y 2, la oficina pública del fiscal puede, en particular, dispensar el procesamiento de una ofensa punible conforme a los §§ 6 a 14 del Código de Crímenes contra el Derecho Internacional, si:

1. No hay sospecha de que un alemán cometiera tal delito.
2. Tal delito no fue cometido contra un alemán.
3. Ningún sospechoso por lo que se refiere a tal delito está residiendo en Alemania y tal residencia no es anticipada.
4. La ofensa está siendo procesada ante una corte internacional o por un Estado en cuyo territorio se cometió del delito, cuyo nacional es sospechoso de haber cometido el delito o cuyo nacional fue dañado por el delito.

Lo mismo se aplicará si un extranjero acusado de un delito cometido en el extranjero está residiendo en Alemania pero los requisitos conforme al primer renglón, números 2 y 4, han sido satisfechos y la transferencia a una corte internacional o la extradición al Estado que está llevando acabo el procesamiento es permitida.

(3) Si en los casos referidos bajo subsección (1) o (2) cargos públicos se han preferido, la oficina pública del fiscal puede retirar los cargos en cualquier etapa del procedimiento y terminar el procedimiento.

Esta norma provee una excepción del principio de legalidad procesal (deber de persecución) que gobierna, en principio, el procedimiento penal alemán. Mientras que la regla de la legalidad procesal se debilita se-

⁴⁵ Para un análisis véase Ambos, Kai, *op. cit.*, nota 8, § 3, núm. 100; más detallado, *id.*, en: *Münchener Kommentar StGB und Nebenstrafrecht*, vol. VI, § 1 VStGB, núm. 24 y ss. (para ser publicado en 2007).

riamente, incluso algunos pueden decir es socavada, por varias excepciones (§§ 153, 153a, 153b, 153c, 153d, 153e, 154, 154a StPO) dejando al fiscal una amplia discreción para cerrar o suspender una investigación en curso, la diferencia principal entre estas excepciones y el nuevo § 153f StPO es que los anteriores (las excepciones tradicionales), hablando en general, refieren a delitos menos importantes pero no a los crímenes internacionales más graves. Sólo el § 153c StPO, mencionado en el párrafo 1 del § 153f, refiere a cualquier crimen "cometido en el extranjero", es decir, también cubre, en teoría, crímenes internacionales. Sea como fuere, el problema conceptual del § 153f es que es difícil justificar una excepción al principio de legalidad procesal en caso de crímenes internacionales cuyo enjuiciamiento incluso deriva de un tratado internacional y del derecho consuetudinario.⁴⁶ Más aun, según la visión dominante, no hay remedio contra la decisión negativa del fiscal de abstenerse de una investigación o para suspenderla. Este punto de vista ha sido confirmado por el Tribunal de Apelación de Stuttgart (*Oberlandes-gericht*)⁴⁷ en el caso de *Rumsfeld et al./Abu Ghraib* analizado detalladamente en otro lugar.⁴⁸ Esta visión tan restrictiva es difícil de sostener dado la amplia discreción legal o normativa del fiscal al tomar una decisión bajo § 153f StPO. Debe, por lo tanto, ser posible someter esta decisión a una revisión judicial.⁴⁹

VII. CONCLUSIONES

Este documento intentó demostrar que el enjuiciamiento de crímenes internacionales a nivel supranacional y nacional encuentra varias limitaciones y problemas que de una forma u otra se puedan remontar de nuevo al tema común de *Realpolitik*. La CPI sigue siendo una institución en desarrollo y no puede resolver, de un día para otro, viejos problemas de siglos de impunidad por violaciones graves a los derechos humanos. Expectativas demasiado altas pueden ser contraproducentes y en última instancia provocar el fracaso de la CPI. Así, cautela y una dosis de *Real-*

⁴⁶ Véase, Ambos, Kai, *Archiv des Völkerrechts*, 1999, pp. 318 y ss.; *id.*, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2a. ed., 1999, pp. 66 y ss.

⁴⁷ Decisión del 13 de septiembre de 2005, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2006, p. 117.

⁴⁸ Véase, Ambos, Kai, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2006, pp. 434-438.

⁴⁹ Para una discusión más detallada véase, Ambos, Kai, *op. cit.*, nota 47 y 45, § 1 VStGB, núm. 31.

politik de algunos de los amigos no gubernamentales de la Corte son requeridas. En este momento, la CPI, por lo menos la Oficina del fiscal, funciona con total capacidad en sus tres investigaciones y es difícil ver cómo haría si tuviese más.⁵⁰ Si bien, desde una perspectiva puramente legal el fiscal puede bajo una obligación de enjuiciar *motu proprio* (principio de legalidad procesal) casos con base en el artículo 13, inciso c, y 15 del Estatuto, la verdadera situación, aparentemente, no permite más casos para investigar y, de cualquier forma, una investigación *motu proprio* enfrenta más problemas que investigaciones basadas en referencias del Consejo de Seguridad o de un Estado. De nuevo, mientras este es un problema de *Realpolitik* y, por tanto, puede ser de difícil aceptación para un jurista, no hay más alternativa que considerar las limitaciones reales, especialmente si se trata de una institución que todavía está en la fase de la construcción y consolidación.

⁵⁰ Así, el asistente del fiscal Serge Brammertz señaló que todos los investigadores están trabajando en equipos distribuidos por todo el mundo y que él no puede hacerse cargo de uno de ellos para llevar a cabo conferencias en universidades u otros círculos interesados (entrevista con el autor, La Haya, 26 de septiembre de 2005).

THE HYBRID NATURE OF THE CRIMINAL PROCEDURE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. CURRENT PROCEDURAL CHALLENGES

Simon de SMET

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *The Legal Framework of the ICC*. III. *Definition of Main Procedural Phases. Situations, Cases, and the Principle of Complementarity*. IV. *Victim's Participation*. V. *Conclusion*.

I. INTRODUCTION

The purpose of this paper is to discuss a number of important and in some way controversial issues of criminal procedure that are currently the subject of the pending proceedings before the International Criminal Court (ICC).¹ Despite the somewhat confidential nature of pre-trial proceedings, there are already a number of decisions in the public domain which deal with fundamental issues of interest for (international) criminal lawyers and especially for experts in comparative criminal procedure.

To fully appreciate the relevance of the decisions that will be discussed below, it is important to first briefly outline the nature of the legal and procedural framework under which the ICC is operating.

II. THE LEGAL FRAMEWORK OF THE ICC

The ICC is an international organisation, founded by a multilateral treaty, the Rome Statute, which was adopted on the 17th of July 1998, after a long and arduous process of negotiations. As most multilateral trea-

¹ It will be understood that my remarks are my own and that what is written is not intended to reflect the position of the ICC or its judges. My comments are made in a purely private capacity and cannot be attributed to the Court in any way.