



Universidad de Chile
Facultad Derecho
Departamento de Derecho Procesal

Críticas al proceso penal internacional ante la Corte Penal Internacional desde una perspectiva “interseccional”

**Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

Autora: Magdalena Andrea Abarca Lizana

Profesor Guía: Jesús Ezurmendia Álvarez

Octubre 2019

Contenido

1. Introducción	1
2. Sobre la interseccionalidad	3
3. La Creación del Estatuto de Roma: influencias y experiencias	7
3.1 Entre el derecho continental y el derecho anglosajón	8
3.2. Influencia de los antiguos Tribunales Especiales	12
3.3 Avances y retrocesos	14
3.4 Casos emblemáticos y su posibilidad de establecer precedentes	22
3.4.1 Caso Akayesu	23
3.4.2 Caso Fofana	24
4. Derecho doméstico y el sistema penal internacional	26
4.1 ¿Corte Penal Occidental? Problemas desde una perspectiva no hegemónica ...	27
4.2 Admisibilidad de casos ante la Corte Penal Internacional: problemas de competencia y el principio de complementariedad	31
4.2.1 Sobre la competencia de la Corte Penal Internacional	31
4.2.2 Sobre el principio de complementariedad	35
5. Problemas desde una perspectiva de género	40
5.1 Víctimas como intervinientes ante la Corte Penal Internacional	42
5.1.1 Víctimas de violencia de género en la Corte Penal Internacional	44
5.2 Facultades del fiscal para iniciar -o no iniciar- investigaciones	48
5.2.1 Sobre la posibilidad de no iniciar investigaciones por el interés de la justicia	51
5.3 <i>Decision making</i> y la composición orgánica de la Corte Penal Internacional	55
5.4 Reformulación de cargos, cambios en la calificación legal de los hechos y perspectiva de género en el Estatuto de Roma	59
6. Las partes del proceso, las reglas de prueba y el debido proceso ante la Corte Penal Internacional	62
6.1 Reglas sobre <i>disclosure</i> y la protección de testigos y víctimas	63
6.2 El principio de no autoincriminación	66

6.3 Exclusión de prueba obtenida con vulneración de derechos	70
7. Casos emblemáticos	72
7.1 Caso Bemba	73
7.2 Caso Banda	78
8. Sistema de recursos y cosa juzgada.....	80
8.1 Recurso de apelación: entre el <i>common law</i> y el derecho continental.....	81
8.2 Cosa juzgada y el principio <i>non bis in ídem</i>	88
8.2.1 Recurso de revisión por cambios de jurisprudencia	92
9. Conclusiones.....	95
Bibliografía.....	100

Resumen

El proceso ante la Corte Penal Internacional, fruto de la evolución del derecho penal internacional y de la experiencia de los antiguos tribunales penales internacionales especiales, ha demostrado ser bastante novedoso y completo: se trata de un proceso que combina dos tradiciones jurídicas y que tiene aspectos no vistos anteriormente en las jurisdicciones penales internacionales especiales. En ese sentido, varios autores han señalado, con optimismo, que estamos ante un proceso penal vanguardista y que muestra especial preocupación por los sujetos más vulnerables como, por ejemplo, las víctimas de violencia sexual. Sin embargo, si se analiza desde una perspectiva interseccional, se puede observar que todavía hay falencias importantes, lo cual se explica principalmente porque los avances que presenta el Estatuto de Roma son relativos, en tanto se encuentran sujetos a la forma en que los jueces apliquen sus disposiciones.

Este ensayo intenta realizar un análisis crítico -desde una perspectiva interseccional- de diversos aspectos del proceso ante la Corte Penal Internacional, desde la etapa de su creación hasta la revisión de algunos casos que han sido conocidos por la Corte, y que dejan ver las falencias y los peligros a los que aquella se expone.

Abstract

The international criminal procedure of the International Criminal Court, which is the result of many developments in international criminal law and the experience of the international ad hoc criminal tribunals of Rwanda and the Former Yugoslavia, has been considered by many authors as groundbreaking: this new procedure mixes different aspects from both common and civil law, and incorporates some new features that the former international criminal procedures have not included. Thus, from an optimistic point of view, the international community has said we are in front of an avant-garde criminal procedure, that shows special concern for the ones that have, historically, been vulnerable and discriminated, like sexual violence victims. Nevertheless, from an intersectional point of view, it is possible to argue that many faults persist as most of the improvements of the Rome Statute are mostly theoretical, because these provisions are constrained by the way judges interpret them in specific cases.

This essay aims to carry out a critical analysis -from an intersectional perspective- of different features of the new international criminal procedure, starting from the creation of

the Rome Statute to the review of some cases of the International Criminal Court, which illustrate the flaws and risks of the procedure.

1. Introducción

Cuando se iniciaron los trabajos preparativos para la creación de un nuevo tribunal internacional (la Corte Penal Internacional, en adelante también “CPI” o la “Corte”) que tendría competencia para conocer de diversos crímenes de guerra, lesa humanidad y otros que comúnmente se entendían “de jurisdicción universal”¹, gran parte de la discusión se centró en el proceso penal que se seguiría ante aquel. Las opciones eran, esencialmente, dos: ¿resultaba mejor continuar la senda de los tribunales penales *ad hoc*² y adoptar un proceso penal inspirado principalmente en el *common law*? ¿o era preferible realizar un cambio y establecer un proceso penal inspirado en el derecho continental o *civil law*? La elección de cualquiera de estas dos alternativas traería aparejada ventajas y desventajas, en tanto cada uno de dichos procesos penales tiene sus puntos fuertes y puntos débiles. Por lo anterior, se decidió adoptar un proceso ecléctico³, el cual combina el proceso penal del *common law* y del derecho continental.

Sin embargo, hay un problema más importante que necesariamente surgiría con la creación de un tribunal penal internacional (y, en realidad, con cualquier tribunal internacional): su pretensión de universalidad⁴. En efecto, la creación de un tribunal que tendrá competencia para juzgar crímenes que ocurren en países completamente distintos, con tradiciones legales muy variadas, implica que algunos países tendrán que adaptarse, al menos en ciertos ámbitos, a un proceso penal que no les resulta familiar⁵. Ciertamente lo anterior puede ser matizado a través de diversas directrices que guíen dicho proceso, pero no puede ser eliminado del todo. ¿Cómo abordamos el problema?

En primer término, es necesario identificar el problema de manera correcta y, por sobre todo, tomando en cuenta los diversos factores problemáticos. En otras palabras, que la CPI tenga

¹ ROJO C., P. 2016. *Crímenes internacionales y jurisdicción universal: ventajas y desventajas de un juzgamiento por parte de los tribunales internos de cada Estado*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 353p.

² Tales como Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, Tribunal Penal para Ruanda, Tribunal Militar Internacional de Núremberg, entre otros.

³ AMBOS, K. International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed?. En: *International Criminal Law Review*. 2003, no. 3, pp. 1-37.

⁴ CHRISTENSEN, R. Getting to Peace by Reconciling Notions of Justice: The Importance of Considering Discrepancies between Civil and Common Legal Systems in the Formation of the International Criminal Court. En: *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*. 2001, no. 6, pp. 391-423.

⁵ USACKA, A. Building the International Criminal Court. En: *Global Business & Development Law Journal*. 2011, no. 23, pp. 225-242.

competencia para conocer de conflictos de países muy diversos no sólo implica la adaptación a un proceso legal que puede resultar extraño, sino que tales diferencias van mucho más allá: son culturales, políticas, sociales, etc. Por lo anterior, y en el entendido de que hay, ciertamente, aspectos políticos en la creación y funcionamiento de una Corte Internacional⁶, resulta menester apreciar cómo el proceso penal que se sigue ante la CPI repercute de manera diferente en los distintos países que reconocen su jurisdicción, abarcando distintos componentes.

¿Cómo abarcar todos esos componentes? El concepto “interseccionalidad” nos entrega lineamientos útiles para englobar la idea anterior. Aquella puede ser definida como una herramienta para el análisis y la elaboración de políticas, que aborda múltiples discriminaciones y nos ayuda a entender la manera en que conjuntos diferentes de identidades influyen sobre el acceso que se pueda tener a derechos y oportunidades⁷, y servirá para dar cuenta de los distintos elementos que afectan y perpetúan la discriminación de distintas identidades históricamente vulneradas y oprimidas.

Entonces, proceder a una revisión del proceso penal internacional y, posteriormente, un análisis crítico del mismo, sólo puede realizarse de manera efectiva siguiendo un enfoque interseccional, entendiendo que, si bien aquel surge del feminismo, es actualmente una herramienta que permite identificar diversas formas en que opera la discriminación en el derecho.

Así, el objetivo de esta tesis es identificar la relación existente entre el proceso penal creado para la Corte Penal Internacional y los distintos factores de “discriminación” que se presentan entre los distintos sujetos que participan en él, concluyendo que aquel perpetúa (o tiene el riesgo de perpetuar) muchos de los efectos negativos que recaen sobre los distintos sujetos procesales que, históricamente, se han visto afectados por tales procesos que se predicen neutros. Por ello, en primer lugar, se hará una referencia a lo que debe entenderse por interseccionalidad y por qué resulta útil el uso de dicho enfoque para analizar el Estatuto de Roma. Después, se caracterizará el proceso penal ante la Corte y las influencias que recibió para terminar siendo un proceso “ecléctico”. Posteriormente, me referiré a la influencia que tuvieron los antiguos tribunales penales *ad hoc* (de Ruanda y Yugoslavia) en

⁶ NOUWEN, S., y WERNER, W. Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan. En: *The European Journal of International Law*. 2011, no. 21, pp. 941-965.

⁷ SYMINGTON, A. Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. En: *AWID - Revista Género y Derechos*. 2004, no. 9, pp. 1-8.

la creación del Estatuto de Roma, realizando un énfasis especial en determinados casos emblemáticos (haciendo una comparación con casos en que no se ha fallado con perspectiva interseccional), y su posibilidad de que aquellos puedan ser utilizados como precedentes en la Corte Penal Internacional. Después se hará una revisión los principios generales del derecho que debiesen ser aplicados, por mandato del Estatuto de Roma, por los jueces a la hora de resolver los casos, y cómo tal herramienta ha pasado de ser una forma de matizar la occidentalización de la Corte a un mecanismo que exacerba aquel problema, como parte de la crítica interseccional. En cuarto lugar, se analizan diversas relaciones entre los sistemas nacionales y la Corte Penal Internacional, revisando cómo ciertas normas pueden aplicarse en desmedro de países no hegemónicos o, derechamente, de las víctimas. Posteriormente, analizaré los distintos problemas existentes en el funcionamiento procesal de la Corte desde una perspectiva de género y no hegemónica revisando la situación de las víctimas ante la Corte (y, en especial, las víctimas de violencia de género), las facultades discrecionales del Fiscal de la CPI, la composición orgánica de la Corte y la posibilidad de reformular los cargos (institución que ha sido especialmente criticada). Después se hará una revisión al debido proceso ante la Corte, enfocándose en las reglas de prueba (y la forma en que estas pueden afectar a testigos y víctimas en caso de no ser aplicadas con perspectiva interseccional), en la regulación del principio de no autoincriminación y en las reglas de exclusión de prueba. En lo siguiente, presentaré dos casos en que se evidencia los problemas desde una perspectiva interseccional: no occidental y de género, y finalmente, se hará una referencia al sistema de recursos ante la Corte y a la cosa juzgada y la aplicación del principio *non bis in ídem*.

2. Sobre la interseccionalidad

Para la comprensión de este ensayo, es necesario, en primer lugar, clarificar lo que es la interseccionalidad, en tanto esta se trata de una de las mayores contribuciones conceptuales del feminismo⁸. Así, la interseccionalidad puede definirse como “un marco diseñado para explorar la dinámica entre identidades coexistentes (por ejemplo, mujer, negra) y sistemas conectados de opresión”⁹. Por lo demás, aquella sirve también como herramienta para el

⁸ LA BARBERA, M. C. Interseccionalidad, un concepto viajero: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea. En: *Revista Interdisciplina UNAM*. 2016, no. 8, pp. 105-122.

⁹ CRENSHAW, K. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. En: *Stanford Law Review*. 1991, no. 43, pp. 1241-1299.

reconocimiento de que “las mujeres” no son un grupo homogéneo¹⁰, es decir, que dentro de quienes se identifican con el género femenino, hay mujeres que son más privilegiadas que otras, ya sea por su condición socioeconómica, por su etnia o por su lugar de nacimiento (entre otras). Así, y tal como señala Verloo, “el enfoque de la interseccionalidad ofrece una perspectiva a través de la cual analizar el sexismo, el racismo, la homofobia y la explotación de clase en las políticas y en los procesos de *policy making*, considerando por ejemplo en qué medida el discurso feminista marginaliza a las minorías étnicas y en qué medida los instrumentos adoptados para garantizar la igualdad de género desempoderan a las mujeres migrantes”¹¹.

Ahora bien, para entender a lo que nos referimos cuando hablamos de interseccionalidad, es necesario tener en cuenta el contexto en que se acuñó este concepto. Así, es menester remitirse al feminismo afroamericano, pues de esa corriente del feminismo surgieron las primeras críticas que se referían al esencialismo del género (y, de paso, de la raza), señalando que “al considerar como estándares las experiencias de las mujeres blancas heterosexuales y los modelos familiares de la clase media, el feminismo no consiguió entender cómo la raza, la clase y la orientación sexual pluralizan y particularizan el significado de ser mujer”¹².

Con lo anterior, era evidente la existencia de un feminismo hegemónico, que servía únicamente a los intereses de un tipo de mujeres (básicamente, de las mujeres más privilegiadas), oponiéndose a un feminismo inclusivo que tomase en cuenta que las mujeres no son un grupo heterogéneo. Por lo demás, un feminismo reduccionista obligó a las mujeres “no privilegiadas” a separar sus experiencias, es decir, o se era discriminada por su raza, o por ser mujer, pero sin tomar en cuenta que ello no se trata de una simple suma de discriminaciones, sino de una forma especial y distinta de discriminación¹³.

Por lo demás, es importante tener en cuenta que el concepto de interseccionalidad se inició en el campo del derecho, surgiendo cuando “el derecho anti-discriminación estaba siendo sometido a una re-teorización crítica en los ambientes jurídicos reformistas de izquierda, que pretendían poner de relieve la invisibilidad de “los que no eran blancos” y “de los negros

¹⁰ ZOTA-BERNAL, A. Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. En: *Eunomía – Revista en Cultura de la Legalidad*. 2016, no. 9, pp. 67-85.

¹¹ LA BARBERA. Op. Cit., p. 112.

¹² Ibid., p. 108.

¹³ Ibid., p. 109.

que no eran hombres”¹⁴, criticando especialmente que la justicia (norteamericana) no se hacía cargo de la forma en que las personas que se exponen a más de un factor de discriminación, se ven afectadas de manera especial, no pudiendo considerarse sólo una dimensión de discriminación a la vez¹⁵. Es por ello que un enfoque interseccional permite analizar y criticar no sólo la forma en que fallan los jueces, sino también la forma en que se crea derecho.

En ese sentido, un análisis desde una perspectiva interseccional permite hacerse cargo de las diferentes desigualdades históricas y de la forma en que aquellas interactúan y contribuyen de diferente forma a la discriminación¹⁶, que van más allá del género. Ello se justifica, a su vez, porque el patriarcado no tiene una sola faceta: la discriminación estructural que aquel implica tiene diversas aristas¹⁷, afectando en mayor medida a quienes se alejan más del hombre blanco, heterosexual, europeo, cristiano, etc.

Además, la interseccionalidad permite no invisibilizar a quienes componen un grupo que puede considerarse históricamente discriminado, desprendiéndose de concepciones esencialistas del concepto de género¹⁸. Así, por ejemplo, suele considerarse a las mujeres blancas, occidentales y de clase alta (o media-alta) como “representantes” de la categoría específica de mujeres, de la misma forma que el hombre negro heterosexual “representa” a la categoría de personas de raza negra¹⁹. Pues bien, sólo mediante una perspectiva interseccional es posible cambiar esa situación, porque desvela las diversas identidades de una persona que, *a priori*, tienden a ser ignoradas.

Estos problemas que produce un enfoque “unitario” de los factores de discriminación se solucionan cuando se utiliza una perspectiva interseccional²⁰. Sin embargo, y teniendo en cuenta que la interseccionalidad tiene raíces históricas en el *common law*, la forma en que una perspectiva interseccional puede repercutir en el ámbito legal varía según se trate de

¹⁴ Ibid., p. 111.

¹⁵ Ibid., p. 112.

¹⁶ EXÓSITO, C. ¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España. En: *Investigaciones Feministas*. 2012, no. 3, pp. 203-222.

¹⁷ Es por ello que, ya en su creación, Crenshaw hablaba de un “patriarcado capitalista supremacista blanco”. CRENSHAW. Op. Cit., p. 1254.

¹⁸ WALBY, S., ARMSTRONG, J. y STRID, S. Intersectionality: Multiple Inequalities in Social Theory. En: *Lancaster Sociology Journal*. 2012, no. 46, pp. 224-240.

¹⁹ VALINA, C. 2018. Interseccionalidad: definición y orígenes [en línea] <<https://perifericas.es/interseccionalidad/>> [consulta: 02 junio 2019]

²⁰ LA BARBERA. Op. Cit., p. 114.

países con tradición continental o anglosajona²¹. Así, como ya se mencionó, las primeras críticas por una falta de enfoque interseccional guardaban relación con casos en que la Corte Suprema de Estados Unidos no consideró que ser mujer y afroamericana constituyese una clase específica de discriminación²², no reconociendo así que diferentes factores de discriminación se conjugaran y dejan a las personas en una situación especial de vulnerabilidad.

Por ello, la perspectiva interseccional ha servido para identificar, en cada caso concreto (con sus particularidades) la forma en que interactúan distintos sistemas de discriminación que generan, a su vez, diversas situaciones de desventaja particulares, dependiendo de la forma en que los primeros se relacionan²³. Pero, en cambio, “la necesidad de determinar de forma general y abstracta todas las posibles intersecciones entre los sistemas de subordinación ha dificultado la incorporación de la interseccionalidad en la legislación de los países europeos de *civil law*”²⁴. Esto ocurre por cuanto es más fácil identificar situaciones en las que el único análisis correcto posible se hace con perspectiva interseccional que, por el contrario, ponerse, *ex ante*, en diversos escenarios donde se requiere una regulación específica que se origine con un enfoque interseccional.

En ese sentido, resulta mucho más simple, en los países donde el derecho es codificado, seguir un enfoque unitario, es decir, considerando sólo un sistema de discriminación y no varios. Así, por ejemplo, no es extraño escuchar sobre la creación de una agenda de género (tanto en Europa como en América Latina), pero en muchas ocasiones tales políticas públicas no toman en cuenta a las mujeres migrantes, musulmanas o de color. Por lo anterior, si bien tales agendas pueden mejorar la posición de mujeres “privilegiadas”, en muchas ocasiones ello significará derechamente un retroceso para las mujeres que sufren diversos factores de discriminación, porque ayudan a invisibilizar sus situaciones. En los países que siguen una tradición legal continental, el tránsito de un sistema con enfoque unitario a uno con enfoque interseccional ha sido, entonces, mucho más lento que lo ocurrido en países de tradición legal anglosajona²⁵.

²¹ Ibid.

²² Ibid., p. 111.

²³ Ibid., p. 114.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., p. 115.

Por lo anterior, no es tan extraño que el Estatuto de Roma, siendo derecho codificado (en la forma de tratado internacional), habiéndose iniciado sus trabajos preparatorios recién en la década de los 90', siga un enfoque unitario y no interseccional. Así, si bien aquel hace referencia en reiteradas ocasiones al género (lo cual es, sin duda, un avance importante), en ningún momento se hace referencia a otros factores de discriminación en conjunto con el género. Por lo demás, en muchas ocasiones se olvidan otros sistemas de discriminación, ignorando la orientación sexual o la religión.

Un ejemplo claro de lo anterior es la regulación específica de la composición de la Corte. En ello, se hace referencia únicamente a una representación equitativa teniendo en cuenta el género, la ubicación geográfica y el sistema jurídico al que pertenezcan los jueces²⁶, sin mencionar en ningún caso la religión, lo cual ciertamente puede tener repercusiones importantes a la hora de tomar decisiones. Por lo demás, tampoco se hace referencia a la etnia ni a la raza.

Asimismo, al momento de referirse a las medidas especiales que deberá adoptar el Fiscal para asegurar la integridad de víctimas y testigos, el artículo 54 del Estatuto sólo menciona, como circunstancias personales de aquellos, la edad, el género y la salud²⁷, haciendo caso omiso de otros factores de discriminación que pueden jugar un rol esencial en estas situaciones.

Es por ello que se hace necesario observar el Estatuto de Roma, y en general el proceso penal ante la Corte Penal Internacional, desde una perspectiva interseccional, considerando que no basta con tener en cuenta únicamente ciertos factores de discriminación (y de manera separada), sino que se hace necesario una perspectiva integral, pues de otra forma no se resolverán los problemas de quienes se encuentran en situaciones especialmente vulnerables. Así, una crítica desde la perspectiva interseccional desvela las falencias del Estatuto de la CPI, lo que permite, a su vez, replantearse diversos aspectos del proceso actual.

3. La Creación del Estatuto de Roma: influencias y experiencias

En esta sección, se revisarán las diversas tradiciones jurídicas que tuvieron influencia significativa en la creación y redacción final del Estatuto de Roma (lográndose, finalmente,

²⁶ *Estatuto de Roma*, 17 de julio de 1998, CTNU XVIII, Volumen 2187. Art. 36.

²⁷ *Ibid.*, art. 54.

un proceso verdaderamente ecléctico), y la experiencia de los antiguos tribunales internacionales penales *ad hoc*, la cual no sólo repercutió en el Estatuto, sino que también afecta el actuar de la Corte al momento de tomar decisiones.

3.1 Entre el derecho continental y el derecho anglosajón

Al iniciarse los trabajos preparativos para la creación de la CPI, surgió prontamente la pregunta sobre el proceso penal que debía adoptarse; ya sea el proceso penal del derecho anglosajón o el proceso penal del derecho continental. Cualquiera fuese la decisión que se tomara por parte de quienes se encontraban inmersos en la fase de creación, esta influiría en muchos aspectos de gran relevancia: el tratamiento de las víctimas, la creación de una fiscalía, la presencia de jurados, la posibilidad de juzgar al acusado en su ausencia, etc. Y, si bien las diferencias entre ambos procesos penales (del *common law* y del *civil law*) tienden a diluirse²⁸, hay todavía diferencias importantes y que producen consecuencias significativas, por lo que no se trataba de una decisión fácil.

Fueron varios los actores del ámbito internacional que participaron en estas discusiones²⁹, quienes apostaban por la integración de cada uno de los distintos sistemas legales, con el objetivo de que los procedimientos que se siguiesen ante esta Corte fuesen formados por principios específicos que respondiesen a lo que, para ellos, resultaba familiar³⁰, ya que usualmente existe cierto recelo respecto de los procesos (civiles o penales) que resultan completamente ajenos, en tanto no resulta posible confiar plenamente en ellos³¹. Y, si bien no era algo extraño que en la creación de un tribunal penal internacional confluyesen diversas tradiciones legales tal como había ocurrido con anterioridad, sí se presentaba una novedad que, a su vez, constituía un desafío para los creadores de la Corte Penal Internacional: ningún tribunal internacional se había visto en la obligación de contar con un marco legal tan amplio que fuese creado *ex ante*. Los instrumentos legales que componen la CPI eran, desde un principio, el Estatuto de Roma, además de las Reglas de Procedimiento y Evidencia y un

²⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F. Características de los grandes sistemas de investigación penal del Derecho comparado. En: *Cuadernos Digitales de Formación*. 2011, no. 1, pp. 1-25.

²⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Understanding the International Criminal Court [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/publications/uicceng.pdf>> [consulta: 01 abril 2019]

³⁰ USACKA. Op. Cit., p. 226.

³¹ JACKSON, R. 1945. Report of Robert H. Jackson – United States Representative to the International Conference on Military Trials. Londres [en línea] <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/jackson-rpt-military-trials.pdf> [consulta: 01 abril 2019]

documento oficial sobre Elementos del Crimen³², y con posterioridad se han ido agregando nuevos instrumentos que rigen el actuar de la Fiscalía de la Corte (*Policy Papers* o Reglamentos Internos), los cuales buscan regular importantes aspectos procesales.

Todo el marco legal de la Corte reflejaba la diversidad de sistemas procesales de los 160 países que participaron en la creación de sus borradores³³, creando un proceso penal bajo el cual se perseguirían, por primera vez, crímenes futuros y no anteriores a su creación. Así, entonces, tal como señalaba Phillippe Kirsch, el primer presidente de la Corte Penal Internacional, “lo que debiese esperarse del proceso ante la CPI es que garantice el debido proceso y un juicio justo, lo cual puede ocurrir de diversas maneras en los diversos países”³⁴. Con ello, Kirsch no sólo buscaba derribar esa eventual desconfianza que existiría entre los nacionales respecto de un proceso penal que fuese completamente extraño a sus sistemas procesales penales domésticos (lo cual había ocurrido anteriormente en el ámbito internacional, donde aquellos eran utilizados para demostrar los méritos de una tradición jurídica por sobre la otra³⁵), sino que también, y más importante aún, buscaba que ningún país pudiese identificar el nuevo proceso penal internacional como propio, evitando así que países hegemónicos ejerciesen su poder de esa forma. La única forma de lograr eso era con la creación de un sistema procesal que recogiese la mayor cantidad de tradiciones legales posibles y que, a su vez, no fuese demasiado similar a ninguna tradición legal de forma “pura”.

Así, entonces, después de varios años de discusión, el Estatuto de Roma adoptó un sistema único que mezcla distintos aspectos de los procesos penales de cada una de las tradiciones legales antedichas³⁶. Con esto, la Corte se separó de los antiguos tribunales penales especiales creados por el Consejo de Seguridad³⁷, cuyo proceso era casi idéntico a los procedimientos penales del *common law*³⁸, e incorporaban, de manera esporádica y selectiva,

³² USACKA. Op. Cit., p. 229.

³³ Ibid., p. 230.

³⁴ “What we should expect is that it guarantees due process and a fair trial, which can be and is done in different ways in different countries”. USACKA. Op. Cit., p. 230.

³⁵ TRACHTMAN, J. International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction. En: *Harvard International Law Journal*. 1993, no. 34, pp. 47-101.

³⁶ SCHUON, C. *International Criminal Procedure - A Clash of Legal Cultures*. La Haya: T.M.C. Asser Press, 2010. 385p.

³⁷ COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. 2005. La Corte Penal Internacional y los Tribunales Penales Ad Hoc [en línea] <http://www.iccnw.org/documents/FS-CICC-AdHocTribunals_Sept05_SP.pdf> [consulta: 12 diciembre 2018]

³⁸ AMBOS. Op. Cit., p. 2.

ciertos elementos propios del derecho continental³⁹. De la misma forma, se separó también del proceso penal creado para los Tribunales de Nuremberg, que recogía las tradiciones legales de los cuatro poderosos países que lo habían creado (Estados Unidos, el Reino Unido, Rusia y Francia)⁴⁰, permitiendo que los 160 países que participaron en los primeros borradores se sintieran, al menos en el papel, representados, incluso si no tenían una posición hegemónica en el orden global. Esto se reforzaba con el hecho de que serían 18 los jueces que estarían encargados de la interpretación del Estatuto de Roma, los cuales en teoría vendrían de diferentes tradiciones legales⁴¹. Esta situación refleja un distanciamiento de los procesos penales internacionales anteriores, en tanto aquellos se originaban a partir del derecho anglosajón y se podían desplazar, en mayor o menor medida, hacia el derecho continental⁴² mediante la adopción de características propias de este último. De todas formas, ello significaba incluir elementos extraños a un sistema procesal que se basaba en la tradición del *common law*, lo cual implica, a su vez, que dichos elementos suponen actuar como “parches”, con el objetivo de regular aspectos que, por diversas razones, se consideran más débiles en un sistema legal que en otro.

Ahora bien, resulta extremadamente complicado que a través de la inclusión de esos elementos ajenos al marco legal general se pueda mejorar de manera absoluta el ámbito en que se incluyen aquellos. Es por eso que, incluso cuando se agregaron normas procesales propias del derecho continental para regular la situación de las víctimas en los tribunales penales especiales, su situación seguía siendo bastante precaria⁴³, asemejándose mucho más a la posición que tienen en la tradición anglosajona.

Así, entonces, este cambio de paradigma en la creación de un nuevo procedimiento penal internacional significaba un avance por varios motivos. En primer lugar, porque seguir con un proceso adversarial “puro” (como se esperaba que ocurriese en un principio⁴⁴) implicaba una suerte de abandono por parte del nuevo sistema penal internacional a las víctimas, por cuanto aquellas no suelen tener un rol importante dentro de los procedimientos penales del derecho anglosajón y muchas veces no cuentan con garantías y derechos efectivos para

³⁹ MÉGRET, F. Beyond “Fairness”: Understanding the determinants of International Criminal Procedure. En: *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*. 2009, no. 14, pp. 37-76.

⁴⁰ USACKA. Op. Cit., p. 230.

⁴¹ Ibid., p. 231.

⁴² MÉGRET. Op. Cit., p. 39.

⁴³ FABIJANIC GAGRO, S. The Crime of Rape in the ICTY’s and the ICTR’s Case-Law. En: *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagreb*. 2010, no. 60, pp. 1309-1334.

⁴⁴ AMBOS. Op. Cit., p. 2.

actuar como sujetos procesales⁴⁵. Una situación como la descrita sería muy perjudicial en el sistema internacional, puesto que los delitos que sobre los cuales la Corte tiene competencia para juzgar son especialmente graves para quienes los sufren y porque, de cierta forma, el sistema penal internacional es una rama del derecho internacional de los derechos humanos, que se basa en la protección a las personas que ven amenazados o vulnerados sus derechos elementales⁴⁶. En ese sentido, el derecho penal internacional debe prestar especial atención a las personas que han sido víctimas de los delitos que se contemplan en el Estatuto de Roma, asegurándoles la posibilidad de intervenir en el proceso y obtener, eventualmente, las reparaciones correspondientes.

De esta forma, la creación de un proceso “ecléctico” sirvió para que las víctimas tuviesen un rol procesal importante y delimitado, en el cual pueden ejercer distintos derechos y garantías para resguardar su posición. Además, la CPI ha acentuado tales preocupaciones, instruyendo a la Oficina del Fiscal (en adelante, también “Fiscalía” u “OTP”) a adoptar medidas especiales en su trato con las víctimas en el cual no se ignoren sus diversas características. En ese contexto se creó el Reglamento de la OTP para las víctimas de violencia sexual, que plasma una especial preocupación por las mujeres víctimas de violencia sexual⁴⁷. Ese tipo de iniciativas por parte de la CPI intenta, por un lado, recoger lo aprendido de los tribunales *ad hoc* y las “Cortes de Mujeres”⁴⁸ y, por otro lado, evitar la necesidad de que vuelvan a existir Cortes de Mujeres o, eventualmente, otras Cortes que deban crearse como reparaciones simbólicas.

Al ser este un proceso ecléctico y no uno que simplemente tomó ciertos aspectos de una tradición legal partiendo de la base de otra (como había ocurrido con los antiguos tribunales penales internacionales), la mejora en la situación de la víctima no significó una afectación desmesurada a los derechos del acusado⁴⁹ y, consecuentemente, al debido proceso. Este es un asunto importante, pues suele señalarse que, debido a la importante figura de las víctimas ante los tribunales penales internacionales (en tanto han sufrido crímenes de una connotación

⁴⁵ PIZZI, W. Victims’ Rights: Rethinking Our “Adversary System”. En: *Utah Law Review*. 1999, no. 2, pp. 349-367.

⁴⁶ SCHABAS, W. 2016. Human rights and international criminal law. En: *The Cambridge Companion to International Criminal Law*. Londres, Cambridge University Press. pp. 11-33.

⁴⁷ OFFICE OF THE PROSECUTOR OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (OTP). 2014. Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, p. 6.

⁴⁸ CLARK, J. Transitional Justice as Recognition: An Analysis of the Women’s Court in Sarajevo. En: *International Journal of Transitional Justice*. 2015, no. 10, pp. 67-87.

⁴⁹ MOUTHAN, S. Victim Participation at the ICC for Victims of Gender-Based Crimes: A Conflict of Interest?. En: *Cardozo Journal of International and Comparative Law*. 2013, no. 21, pp. 619-651.

especial), estos tienden a ser autoritarios y acercarse -peligrosamente- a la figura de un tribunal militar⁵⁰. En ese sentido, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia reconocía abiertamente que los tribunales internacionales eran, de cierta forma, comparables con los tribunales militares, que frecuentemente limitan los derechos que incluye el debido proceso y cuentan con normas más permisivas respecto a la admisión de evidencia⁵¹.

El proceso ante la CPI demuestra un progreso considerable en el establecimiento de un debido proceso⁵² (incluso para estándares propios del *common law*⁵³), el cual contempla, de manera balanceada, garantías para las víctimas, para el imputado y para terceros que participen en el proceso como testigos, lo cual demuestra que no era necesario relegar los derechos de uno de los actores para poder asegurar los de otro, sino que bastaba con crear un procedimiento que superara aquel “conflicto” de sistemas jurídicos, dejando de lado los procesos penales internacionales que tomaban figuras creadas en una tradición jurídica y las combinaban de una u otra forma⁵⁴ y adoptando un sistema nuevo, ecléctico y con figuras que, si bien nacen de ambas tradiciones jurídicas, son novedosas y propias.

En segundo lugar, la consagración de un proceso que no reciba influencias únicamente desde el *common law* ayuda a “universalizar” la Corte, pues se incluyen, de manera mucho más integral, singularidades de otras tradiciones legales que tienen gran presencia en el mundo⁵⁵, especialmente del derecho continental. Lo anterior implica, a su vez, que todos los países deben adaptarse –en mayor o menor medida- al proceso penal internacional, no habiendo países que repliquen de manera íntegra sus respectivos procesos penales domésticos, matizando el poder de los países dominantes en el plano mundial.

3.2. Influencia de los antiguos Tribunales Especiales

Antes de la creación de la Corte Penal Internacional, se establecieron distintos tribunales penales especiales (también conocidos como tribunales *ad hoc*), los cuales ejercían

⁵⁰ MEGRET. Op. Cit., p. 39.

⁵¹ Ibid., 39.

⁵² DEFRANCIA, C. Due Process in International Criminal Courts: Why Procedure Matters. En: *Virginia Law Review*. 2001, no. 87, pp. 1381-1439.

⁵³ Ibid., p. 1383.

⁵⁴ MEGRET. Op. Cit., p. 42.

⁵⁵ MCGONIGLE, B. *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*. Nueva Jersey: Intersentia, 2011. 452p.

jurisdicción en un espacio/tiempo limitado. Su objetivo era juzgar los crímenes cometidos en el marco de distintos conflictos armados específicos, tales como los crímenes cometidos por la Alemania Nazi en la Segunda Guerra Mundial (Tribunales de Nuremberg), los cometidos por el ejército japonés en la Segunda Guerra Mundial (Tribunales del Lejano Oriente) y, más recientemente, los cometidos en el contexto de la Guerra de los Balcanes (Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia) y los cometidos en la guerra civil ruandesa (Tribunal Penal para Ruanda)⁵⁶.

A diferencia de la CPI (que fue creada por un tratado internacional), los tribunales especiales fueron establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (como ya se mencionó anteriormente), lo cual tenía ciertas repercusiones importantes: su funcionamiento nunca quedaba totalmente precisado y su proceso se iba creando sobre la marcha, a través de distintos decretos⁵⁷, no estando preestablecido. Esto tenía diversas explicaciones, pero hay una principal: todos estos tribunales penales especiales se instituyeron como una respuesta a los crímenes cometidos, como una forma de lograr justicia *ex post* y como un mecanismo para consagrar el poder de quienes resultaban vencedores⁵⁸. Por ello, el proceso que debían seguir los tribunales *ad hoc*, en primer lugar, era creado después de la ocurrencia de dichos sucesos (generalmente en poco tiempo⁵⁹) y, en segundo lugar, porque el proceso era retrospectivo en tanto necesariamente se adaptaba a los objetivos que el Consejo de Seguridad consideraba que debían cumplirse. Por todo lo anterior, no es extraño que los tribunales penales especiales adoptaran un proceso que seguía únicamente la tradición legal anglosajona⁶⁰.

Estos tribunales *ad hoc* pavimentaron el camino para la creación de la CPI. Ciertamente influyeron en distintos aspectos de la Corte, pero también (y más importante), dejaron ver diversas falencias existentes en su funcionamiento. La escasa preocupación por las víctimas de crímenes gravísimos, la vulneración al principio de irretroactividad penal y la poca claridad del proceso por el que se juzgarían tales crímenes⁶¹ fueron algunos de los puntos

⁵⁶ METTRAUX, G. *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2006. 476p.

⁵⁷ CHRISTENSEN. Op. Cit., p. 393.

⁵⁸ SUKHAREV, A. The Nuremberg tribunal and the problems of international rule of law. En: *Revue Internationale de Droit Pénal*. 2006, no. 77, pp. 711-720.

⁵⁹ COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Op. Cit., p. 1.

⁶⁰ USACKA. Op. Cit. p. 230.

⁶¹ JOHNSON, S. On the road to disaster: the rights of the accused and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. En: *International Legal Perspectives Journal*. 1998, no. 10, pp. 111-192.

preocupantes que se percibieron durante su existencia, y marcaron los trabajos preparativos⁶² que se llevaron a cabo posteriormente para la creación de la CPI en tanto situaciones que no debían volver a repetirse. No obstante, no todos los errores pudieron ser detectados y, en ciertos casos, aunque detectados, no fueron corregidos en el Estatuto de Roma, por lo que no es posible hablar únicamente de avances en este proceso evolutivo; también deben hacerse notar los retrocesos.

3.3 Avances y retrocesos

Los creadores del Estatuto de Roma y la CPI contaban con la ventaja de la experiencia, en tanto podían evaluar sus propuestas a la luz de lo ocurrido en los tribunales penales especiales, sus errores y sus virtudes. En términos procesales, uno de los cambios más relevantes se dio respecto de las víctimas y su situación en el sistema de derecho penal internacional (que se vio propulsado por el abandono de un proceso penal puro del derecho anglosajón). Asimismo, y relacionado con el derecho procesal orgánico, se establecieron nuevas reglas para asegurar una composición equitativa de la Corte, lo cual representa un avance importante.

Hay, sin embargo, algunos retrocesos que también deben ser mencionados, especialmente en la configuración de la eximente de responsabilidad penal de “órdenes de un superior”, habiendo quienes consideran que el retorno se sitúa en una época anterior a los Tribunales Militares de Núremberg (y no sólo respecto de los tribunales *ad hoc*)⁶³. Ahora bien, este punto no es estrictamente procesal, por lo que corresponde referirse a los dos primeros puntos ya enunciados.

En primer lugar, una de las diferencias más importantes entre el proceso penal del derecho continental y el anglosajón es la posición en que se encuentran las víctimas. En el *common law*, las víctimas en general no son consideradas como parte del proceso⁶⁴, por lo que no cuentan con derechos o garantías que puedan ejercer en aquel con el objetivo de perseguir sus intereses. La situación cambia en los procesos penales del derecho continental: la víctima

⁶² CHRISTENSEN. Op. Cit., p. 411.

⁶³ GAETA, P. The defence of superior orders: The Estatute of the International Criminal Court versus customary international law. En: *European Journal of International Law*. 1999, no. 10, pp. 172-191.

⁶⁴ GUERRERO PALOMARES, S. Common and Civil Law Traditions on Victims' Participation at the ICC. En: *International Journal of Procedural Law*. 2014, no. 4, pp. 217-235.

puede ser parte del proceso si así lo desea (por ejemplo, bajo la institución de la querrela⁶⁵), pero incluso si no desea participar directamente el proceso, el legislador le entrega variadas herramientas para influir en el procedimiento y lograr que en éste se tengan en cuenta sus intereses, tal como ocurre, por ejemplo, en el proceso penal chileno⁶⁶.

Todo lo anterior se refleja en los tribunales penales internacionales. Mientras los tribunales especiales (desde los tribunales creados para perseguir los crímenes de la segunda guerra mundial hasta los tribunales *ad hoc*⁶⁷) seguían un proceso penal propio del derecho anglosajón y dejaban a las víctimas de los crímenes sobre los cuales tenían competencia en una posición bastante desmejorada y se les consideraba, antes que víctimas, testigos⁶⁸, la CPI adoptó un sistema híbrido, y ello se refleja en el estatuto de las víctimas porque su participación tiene, en su mayoría, influencias del proceso penal continental⁶⁹. Siguiendo esa línea, es posible señalar el Estatuto de Roma busca asegurar un rol empoderado y proactivo para las víctimas⁷⁰ y, a su vez, intenta disminuir (o terminar) con la revictimización, propia de todos los procesos penales y, especialmente, de los procedimientos ante los tribunales penales especiales⁷¹.

En ese sentido, el enfoque del Estatuto de Roma es claro: la CPI debe estar orientada a las víctimas⁷² no sólo velando por su protección durante el proceso (lo cual, de todas formas, resulta primordial, y para ello se creó una Unidad de Víctimas y Testigos que tiene como objetivo específico su protección y apoyo constante⁷³), sino también otorgándoles representación y asistencia durante el proceso (existiendo, por ejemplo, una unidad para la defensa de las víctimas en el juicio⁷⁴), entendiendo que las víctimas son autónomas y que su

⁶⁵ Ibid., p. 229.

⁶⁶ HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J. *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. 640p.

⁶⁷ RAJESH, A. S. Victims in the International Criminal Court: vindicated or vanquished?. En: *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*. 2009, no. 120, pp. 120-150.

⁶⁸ Ibid., p. 132.

⁶⁹ GUERRERO. Op. Cit., p. 231.

⁷⁰ RAJESH. Op. Cit., p. 132.

⁷¹ Ibid., p. 135.

⁷² MOUTHAN. Op. Cit. p. 621.

⁷³ Ibid., p. 619.

⁷⁴ VEGA, P. The role of victims in International Criminal Court proceedings: their rights and the first rulings of the Court. En: *Sur – International Journal on Human Rights*. 2006, no. 3, pp. 19-41.

posición no necesariamente se encuadra en la del fiscal⁷⁵, y procurando su debida reparación⁷⁶.

El hecho de que el Estatuto de Roma establezca, como principio, la importancia y protección a las víctimas, no sólo contribuye al revestimiento de legitimidad de que requiere la Corte⁷⁷ al ser un tribunal internacional que juzga los crímenes más graves que se cometen en el mundo, sino que también demuestra, *a priori*, que el nuevo proceso penal establecido ha sido creado con perspectiva de género, racial y religiosa o, a lo menos, con más perspectiva interseccional que en los antiguos tribunales *ad hoc*.

Otro de los avances importantes y visibles de la Corte Penal Internacional respecto de los tribunales penales internacionales guarda relación, tal como se adelantó, con el debido proceso, especialmente en lo referente a las garantías del imputado en sus diversas fases.

No es necesario retroceder demasiado tiempo para encontrar grandes deficiencias en los procesos penales internacionales de los antiguos tribunales *ad hoc*. En ese sentido, no es necesario recurrir a los Tribunales de Nuremberg para encontrar grandes falencias en los procedimientos (debido a su falta de garantías tanto del acusado como de otros participantes del proceso⁷⁸), ni tampoco es necesario observar los tribunales penales especiales para Ruanda y la Ex Yugoslavia: incluso en tribunales híbridos (en tanto eran considerados nacionales e internacionales) creados después del 2000, como el Tribunal Especial para Sierra Leona, no contaba con un proceso que cumpliera con estándares mínimos⁷⁹. La inexistencia de un debido proceso en los diferentes tribunales internacionales ha sido la tónica, y ello se debe, como se mencionaba anteriormente, a que se ha considerado la falta de garantías como algo normal y necesario, como la única vía de priorizar la efectividad de estos tribunales⁸⁰, asumiendo que ello sería parte de su propia naturaleza.

Sin embargo, la Corte Penal Internacional ha intentado desmarcarse de esa tendencia, y desde el inicio de las discusiones para la elaboración de borradores del Estatuto de Roma se ha dejado ver una preocupación por un proceso que otorgue garantías a las partes

⁷⁵ MOUTHAN. Op. Cit., p. 620.

⁷⁶ Ibid., p. 620.

⁷⁷ Ibid., p. 620.

⁷⁸ MCKEOWN, T. The Nuremberg Trial: Procedural Due Process at the International Military Tribunal. En: *Victoria University of Wellington Law Review*. 2014, no. 45, pp. 109-132.

⁷⁹ MEGRET. Op. Cit., p. 50.

⁸⁰ Ibid., p. 50.

(especialmente al imputado), que sea acorde al sistema internacional de derechos humanos y que, en definitiva, sea un debido proceso. Por lo mismo, parte importante de la doctrina señala que la estructura del proceso penal ante la CPI es la aproximación más cercana a lo que se entiende como un juicio justo (“*fair trial*”)⁸¹.

A diferencia de los tribunales penales especiales, el Estatuto de Roma intentaba integrar principios básicos del derecho internacional de los derechos humanos en su procedimiento y funcionamiento⁸², buscando un balance entre la eficiencia y los estándares propios de un debido proceso penal: así, no se trata de cumplir con un mínimo de garantías que permitan revestir de legitimidad las decisiones de un tribunal penal internacional, sino de un conjunto de garantías que permitan identificar los procedimientos que se lleven ante la CPI como justos, otorgando no sólo legitimidad sino que también seguridad.

Ciertamente los antiguos tribunales penales especiales de Ruanda y Yugoslavia contaban con una serie de garantías del imputado, tales como la posibilidad de que el acusado accediera y tuviese la posibilidad de examinar toda la evidencia que se presentaría en su contra⁸³ (salvo en lo que respecta a la posibilidad, bajo circunstancias muy específicas, de que existiesen testigos anónimos en el caso del Tribunal Penal Especial para la Ex Yugoslavia⁸⁴), reglas sobre exclusión de prueba ilícita⁸⁵ o el derecho a recurrir (contando ambos tribunales *ad hoc* con Salas de Apelación). No obstante, la falta de otras garantías esenciales del imputado, así como la existencia de reglas más permisivas en lo relativo a la admisibilidad de evidencia, generaban dudas sobre la efectividad del principio de presunción de inocencia⁸⁶. Lo anterior ocurría no necesariamente por falta de garantías en los Estatutos que regían a cada uno de estos tribunales, sino por la forma en que aquellas eran consideradas por quienes jugaban un rol importante en los procedimientos: las reglas sobre procedimiento y evidencia eran vistas como meramente técnicas y hasta dispensables⁸⁷.

⁸¹ *Ibid.*, p. 49.

⁸² ZAPPALÁ, S. *Human Rights in International Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press. 2005.

⁸³ WELCH, T., HAIDER, H., MEENAGH, M. y M'BOGE, Y. Witness Anonymity at the International Criminal Court: Due Process for Defendants, Witnesses or Both. En: *The Denning Law Journal*. 2011, no. 23, pp. 29-46.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁸⁵ JASINSKI, W. 2016. Admissibility of Illegally Obtained Evidence in Proceedings before International Criminal Courts. En: KRZAN, B. *Prosecuting International Crimes: A Multidisciplinary Approach*. Leiden, Brill Publishers, 314p.

⁸⁶ MEGRET. *Op. Cit.*, p. 39.

⁸⁷ DEFRANCIA. *Op. Cit.*, p. 1385.

Esta creencia, bastante arraigada en la justicia penal internacional, hacía que muchas veces contar con derechos para el imputado en los Estatutos no fuese suficiente ya que, al momento de presentarse un conflicto entre los intereses del fiscal y de la defensa, los tribunales *ad hoc* tendían a pasar por alto tales derechos en favor del órgano persecutor oficial⁸⁸ ya que no existía el debido proceso como principio que permitiese interpretar tales normas⁸⁹. Por lo demás, lo que se entendía como debido proceso en el sistema de derecho penal internacional distaba bastante de los estándares establecidos en el derecho doméstico, siendo estos últimos mucho más exigentes⁹⁰.

De cierta forma, como los tribunales *ad hoc* eran creados con posterioridad a la ocurrencia de crímenes de lesa humanidad (lo cual implica, *per se*, que se juzguen crímenes de manera retroactiva, lo cual vulnera en sí mismo lo que se concibe como un debido proceso en la mayoría de las legislaciones nacionales), el objetivo de tales tribunales no era descubrir quienes eran los responsables y si ellos eran culpables, sino juzgar a quienes se sabía habían participado en la comisión de dichos crímenes (incluso si no los habían perpetrado directamente) y así entregar justicia a las víctimas. Es por ello que asegurar un debido proceso no se vislumbraba como una tarea esencial.

El panorama, sin embargo, es completamente distinto en la Corte Penal Internacional, puesto que sus objetivos son completamente distintos, partiendo porque los crímenes que quedan bajo la jurisdicción de la CPI no pueden ser juzgados de manera retroactiva, lo que implica que la Corte debe partir por dilucidar si se cometieron o no delitos, la clase de delitos cometidos, quiénes fueron los responsables y, finalmente, si ellos están en condiciones de ser juzgados y condenados. Sólo entonces el objetivo principal será juzgar a los responsables y reparar a las víctimas. Así las cosas, la necesidad de resguardar a los imputados en cada una de dichas etapas resulta una prioridad para que el actuar de la Corte se considere legítimo, y para ello es esencial el debido proceso.

Son varias las garantías con que cuenta el nuevo proceso penal ante la Corte Penal Internacional, diferenciándose con ello de los antiguos tribunales penales especiales y avanzando en lo que entiende por debido proceso. Entre dichas garantías hay dos que son fundamentales, tanto por su relevancia práctica como por lo novedosas que resultan en el contexto de derecho penal internacional: el deber del fiscal de entregar al imputado toda la

⁸⁸ Ibid., p. 1383.

⁸⁹ Ibid., p. 1384.

⁹⁰ Ibid.

evidencia que pueda serle útil para su defensa -lo cual se encuentra tutelado por la Sala de Cuestiones Previas- y las nuevas restricciones a los testigos anónimos. También deben revisarse los avances que se presentan en materia de independencia e imparcialidad de los jueces (y de otros funcionarios de la CPI), garantía básica para la existencia del debido proceso.

Las Reglas de Procedimiento y Evidencia de la Corte Penal Internacional establecen, como principio general, el deber del Fiscal de entregar toda la evidencia posiblemente exculpatoria -o que pudiese atenuar su responsabilidad- al imputado, tan pronto como sea posible⁹¹ (en el derecho anglosajón, esto es conocido como “*disclosure inter parties*”, cual resulta extraño a la tradición jurídica continental). Asimismo, debe permitir a la defensa conocer los nombres y declaraciones de los testigos (salvo situaciones extremadamente delicadas, lo que se mencionará más adelante) y la inspección de toda la evidencia material que sea utilizada para cualquier propósito y en cualquier momento del juicio⁹². Por lo demás, aunque hubo cierta discusión al respecto⁹³, se entiende que el deber de *disclosure* queda bajo el resguardo de la Sala de Cuestiones Previas, la cual puede también conocer la evidencia y ejercer así cierto control judicial⁹⁴.

El mismo Reglamento de Evidencia y Procedimiento se encarga de establecer y caracterizar las únicas cuatro excepciones al principio de *disclosure*: 1) cuando se trate de trabajo propio e interno de las partes, 2) cuando la divulgación de la evidencia pueda perjudicar, en el futuro, investigaciones que se estén realizando por la Oficina del Fiscal, 3) cuando los testigos requieran medidas especiales de protección, y 4) cuando el Fiscal haya obtenido la evidencia que hubiere sido entregada bajo la condición de mantenerla confidencial, pudiendo tal evidencia servir únicamente para generar nueva evidencia⁹⁵. Ahora bien, la Sala de Enjuiciamiento ha establecido que estas excepciones deben ser interpretadas

⁹¹ USACKA. Op. Cit., p. 233.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid., p. 234.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid., p. 235.

restrictivamente, pues de otra forma no se garantiza la existencia de un debido proceso para el imputado⁹⁶. La Sala de Apelaciones ha confirmado tal interpretación⁹⁷.

Son varios los avances que pueden observarse en esta materia en el proceso penal ante la CPI respecto de los antiguos tribunales penales especiales. En primer lugar, que el principio de *disclosure* se encuentre contemplado no en el Reglamento de Procedimiento y Evidencia (los cuales son creados por el mismo Tribunal⁹⁸) sino en el Estatuto de Roma, le otorga una importancia especial y estructural. Por lo demás, que la Corte haya reconocido la necesidad de interpretar las excepciones de manera restrictiva por parte del Fiscal (lo cual debe ser controlado por la Sala de Enjuiciamiento), existiendo la posibilidad de excluir la prueba a la cual se le ha negado el acceso a la defensa por una aplicación amplia de las excepciones, y el reconocimiento expreso de que la confidencialidad de la prueba puede ser levantada (por ejemplo, en el caso de que desaparezcan los peligros a la seguridad de testigos)⁹⁹ permiten ver un cambio de paradigma, que busca mayores garantías propias de un debido proceso.

Por otra parte, en lo relativo a la posibilidad de que existan testigos cuya identidad no sea revelada también se ha progresado bastante en el Estatuto de Roma respecto de los estatutos de los tribunales *ad hoc*. Es en la CPI donde, por primera vez, se ha creado una tensión directa entre los derechos y garantías del imputado y los derechos y garantías de las víctimas (lo cual es consecuencia directa del estatus que se otorga a las víctimas en el nuevo proceso penal internacional), lo que se reconoce expresamente en el Estatuto, por cuanto debe asegurarse un debido proceso no sólo para el imputado, sino también para las víctimas que participan en un procedimiento¹⁰⁰. Por todo lo anterior, se permite la existencia de testigos anónimos cuando ello sea estrictamente necesario para proteger a las víctimas y/o a sus familias¹⁰¹.

⁹⁶ *The Prosecutor versus Thomas Lubanga Dyilo*. ICC Trial Chamber ICC-01/04-01/06 (Corte Penal Internacional) [2017]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_07872.PDF> [consulta: 13 diciembre 2018]

⁹⁷ *The Prosecutor versus Thomas Lubanga Dyilo*, ICC Appeals Chamber ICC-01/04-01/06-1486 (Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Trial Chamber I) (Corte Penal Internacional) [2008]. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/pages/record.aspx?uri=578371>> [consulta: 01 abril de 2019]

⁹⁸ SHELTON, D. Legal norms to promote the independence and accountability of international tribunals. En: *The law and Practice of International Courts and Tribunals*. 2003, no. 2, pp. 27-62.

⁹⁹ *The Prosecutor versus Thomas Lubanga Dyilo*. Trial Chamber ICC-01/04-01/06-T-98-ENG, (Status Conference, 3-4) [2008]. Disponible en: <<https://www.legal-tools.org/doc/87bbd2/pdf/>> [consulta: 02 abril 2019]

¹⁰⁰ WELCH. Op. Cit., p. 33.

¹⁰¹ Ibid., p. 32.

Al reconocer expresamente esta situación, la Corte se separa de los tribunales penales especiales (principalmente del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que no permitía los testigos anónimos¹⁰²) y entiende que, si bien el imputado debe tener un juicio justo que respete los estándares que imponen los derechos humanos, sus garantías pueden verse limitadas cuando ello sea necesario para proteger y respetar a las víctimas. Ciertamente es un balance complejo en el cual los jueces tendrán una labor esencial, pero estrictamente necesario por cuanto asegura la existencia de un debido proceso también para las víctimas que deciden participar en el proceso. Por lo demás, es la única forma de juzgar con perspectiva interseccional.

Finalmente, vale mencionar los avances que ha habido en materia de independencia e imparcialidad en la Corte Penal Internacional. Ciertamente, la elección del personal y los jueces de los antiguos tribunales penales especiales estaban sujetos a mayor control externo que en la Corte Penal Internacional, lo cual influía directamente en las pretensiones de independencia del tribunal. Así, por ejemplo, un órgano esencialmente político, como la Asamblea General de las Naciones Unidas, elegía el Secretario General del Tribunal (aunque se consultaba primero con el presidente del Tribunal)¹⁰³. La situación da un giro radical en la CPI, donde aquel será elegido por los jueces, quienes deben escuchar las recomendaciones de la Asamblea General¹⁰⁴. Por su parte, mientras que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas -órgano altamente controvertido- jugaba un rol esencial en la elección de jueces y del fiscal de los tribunales *ad hoc* (entregando la nómina de jueces que podían ser seleccionados por la Asamblea General o eligiendo al fiscal de la nómina que hubiese entregado la Asamblea General)¹⁰⁵, en la CPI el órgano encargado de elegir dichos cargos es la Asamblea de Estados Parte¹⁰⁶, lo cual demuestra un enfoque distinto. *A priori*, este nuevo enfoque resulta beneficioso en tanto los mecanismos de nominación y elección son más democráticos en el caso de los jueces y el fiscal, y aseguran de mejor manera la independencia de la Corte, especialmente en lo que guarda relación con el Secretario General.

En conclusión, los avances en materia de debido proceso y garantías procesales tanto para la defensa como para las víctimas son palpables y evidentes. El Estatuto de Roma ha

¹⁰² Ibid., p. 33.

¹⁰³ SHELTON. Op. Cit., p. 22.

¹⁰⁴ Ibid., p. 22.

¹⁰⁵ Ibid., p. 11.

¹⁰⁶ Ibid., p. 23.

reflejado los objetivos propios de la CPI y que la diferencian de los tribunales penales especiales, logrando establecer un cambio de paradigma importante con miras a la creación de un nuevo proceso penal internacional, más equitativo y que cumpla con los estándares que impone el derecho internacional de los derechos humanos.

3.4 Casos emblemáticos y su posibilidad de establecer precedentes

Los tribunales penales especiales de Ruanda y la Ex Yugoslavia tuvieron la posibilidad de conocer y fallar muchos casos que tenían gran relevancia y que, posteriormente, fueron considerados hitos del derecho penal internacional¹⁰⁷. Ciertamente, los crímenes sobre los cuales dichas cortes tenían competencia para juzgar eran, *a priori*, relevantes y emblemáticos, por cuanto se estaban cometiendo atrocidades de gran magnitud en guerras con componentes étnicos y raciales importantes, y los tribunales *ad hoc* eran la primera oportunidad para juzgar tales crímenes. Pero tales casos se transformaron en emblemas porque tanto la Corte Penal para la Ex Yugoslavia como para Ruanda los juzgaron correctamente en tanto tomaron en cuenta diversos factores que históricamente habían sido olvidados¹⁰⁸ y decidieron hacer interpretaciones nuevas, que buscaban mandar una señal clara sobre prohibiciones que se mantenían incluso en un contexto de guerra. Sin embargo, la forma en que abordaron los casos ambos Tribunales Penales Especiales no fue replicada, por ejemplo, por la Corte Penal Especial para Sierra Leona (fundado el 2002), lo que permite realizar un contraste entre ambas formas de juzgar y, de esa forma, ilustrar ciertos efectos prácticos que se producen cuando se conjugan diversos factores que influyen en un juzgamiento que no toma en cuenta todos los aspectos y problemáticas de un caso particular.

Dentro de todos los casos, hay dos a los cuales me referiré específicamente, por cuanto muestran de manera clara lo que puede lograrse –o no– al tomar decisiones judiciales con una perspectiva interseccional: el caso Akayesu en el Tribunal Penal Especial para Ruanda y el caso Fofana del Tribunal Especial para Sierra Leona. Siendo este segundo Tribunal coetáneo a la Corte Penal Internacional (y, consecuentemente, posterior al Tribunal Penal Especial para Ruanda), es posible identificar ciertos avances y retrocesos que van más allá de lo establecido en los Estatutos (incluido el Estatuto de Roma), sino que guardan relación

¹⁰⁷ COPELON, R. Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law. En: *McGill Law Journal*. 2000, no. 46, pp. 217-240.

¹⁰⁸ ALI, K. Sexual and Gender Based Crimes in International Law: Moving Forwards or Backwards?. En: *World Academy of Science, Engineering and Technology International Journal of Law and Political Sciences*. 2015, no. 9, pp. 3619-3623.

con la jurisprudencia en tanto aplicación práctica de criterios que se han ido estableciendo en el derecho penal internacional al momento de tomar decisiones y que muy probablemente tendrán influencia en las decisiones de la CPI. A su vez, el análisis de estos casos permite reconocer que, en el área de derecho penal internacional, los avances en materia de perspectiva interseccional no son lineales, siendo necesario que la CPI haga un esfuerzo en mantener y aumentar la magnitud de dichos avances.

3.4.1 Caso Akayesu

En 1998 Jean Paul Akayesu era condenado por el Tribunal Penal Especial para Ruanda, el cual confirmó diversos crímenes que se le imputaban; entre ellos, diversos crímenes de violencia sexual tanto como crímenes de guerra como una forma de genocidio. Dicha sentencia no tenía precedentes en el sistema penal internacional, por lo que el caso Akayesu es actualmente considerado un emblema en el derecho penal internacional¹⁰⁹.

Hay varias razones para sostener que el caso Akayesu es fundamental en el desarrollo de un derecho penal internacional con enfoque de género. En primer lugar, porque este fue el primer caso en que se definió el concepto de violación en un tribunal internacional¹¹⁰ y, además, el Tribunal decidió utilizar un concepto más amplio que el utilizado en diversas legislaciones domésticas, señalando que se trataba de una “invasión física de connotación sexual contra una persona, en un contexto coercitivo”¹¹¹, evitando así hablar de penetración y de consentimiento. Esta decisión de los jueces en el caso Akayesu deja ver que se juzgó con perspectiva de género, pues se le dio gran relevancia al contexto de violencia existente en el lugar donde se cometieron los crímenes (señalando, incluso, que no es necesario presentar prueba de violencia física para considerar que existía un ambiente de coerción, pues tal ambiente es inherente a ciertos contextos, como los conflictos armados¹¹²), con lo que se le resta relevancia al consentimiento individual de las víctimas en los casos específicos. Además, se evitó mencionar partes del cuerpo y formas específicas de cometer el delito de violación, por cuanto la Sala de Enjuiciamiento del Tribunal consideró que la

¹⁰⁹ COPELON. Op. Cit., p. 227.

¹¹⁰ MACKINNON, C. Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu. En: *Columbia Journal of Transnational Law*. 2006, no. 44, pp. 940-958.

¹¹¹ *The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu*. [1998] TPIR 96-4-T (Tribunal Penal Internacional para Ruanda). Disponible en: <<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>> [consulta: 01 octubre 2018]

¹¹² Ibid., párr. 688.

violación es una forma de agresión, y sus elementos centrales no pueden ser descritos de manera mecánica buscando la concurrencia de ciertos objetos o partes del cuerpo¹¹³.

En segundo lugar, Akayesu no sólo fue condenado por el delito de violación y violencia sexual como crímenes de lesa humanidad, sino que tales delitos fueron considerados como constitutivos del delito de genocidio, pues causaron terribles daños físicos y psicológicos que buscaban destruir intencionalmente a un grupo de personas por razones étnicas¹¹⁴. Esta decisión del Tribunal también es histórica porque, por primera vez, se consideró que los delitos de violencia sexual tenían la gravedad suficiente para constituir una forma de genocidio. En ese sentido, por primera vez los delitos de violencia sexual fueron reconocidos como lo que realmente son: un acto que conlleva daños serios para las víctimas (que van mucho más allá de una ofensa al honor)¹¹⁵.

3.4.2 Caso Fofana

Moinina Fofana fue un comandante militar que se encontraba al mando de la milicia denominada Kamajors durante la guerra civil de Sierra Leona¹¹⁶. En junio de 2003, el Fiscal de la Corte Penal Especial para Sierra Leona presentó diversos cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad contra Fofana, pero ninguno de ellos relativos a delitos de violencia sexual¹¹⁷. Entre otros, a Fofana se le imputaban los delitos de tratos inhumanos como crimen de lesa humanidad y de tratos crueles como crimen de guerra, y el fiscal planeaba presentar evidencia de diversas formas de violencia sexual para probar los elementos de dichos crímenes¹¹⁸. Sorprendentemente, y alejándose de la jurisprudencia de los Tribunales Penales para Ruanda y la Ex Yugoslavia, los jueces denegaron la presentación de dicha prueba por cuanto aquella es esencialmente perjudicial ya que, por su propia naturaleza, buscar dejar una nube oscura de dudas sobre la inocencia del acusado, que él

¹¹³ Ibid., párr. 597.

¹¹⁴ MACKINNON. Op. Cit., p. 944.

¹¹⁵ Ibid., p. 945.

¹¹⁶ DALBY, N. In Search of the Kamajors, Sierra Leone's Civilian Counter-insurgents [en línea] <<https://www.crisisgroup.org/africa/west-africa/sierra-leone/search-kamajors-sierra-leones-civilian-counter-insurgents>> [consulta: 13 diciembre 2018]

¹¹⁷ OOSTERVELD, V. Lessons from the Special Court for Sierra Leone on the Prosecution of Gender-Based Crimes. En: *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*. 2009, no. 17, pp. 407-430.

¹¹⁸ OOSTERVELD, V. Gender, Persecution, and the International Criminal Court: Refugee Law's Relevance to the Crime against Humanity of Gender-Based Persecution. En: *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2006, no. 17, pp. 59-89.

deberá revertir (y no al revés)¹¹⁹, es decir, al tratarse de una prueba que afecta muy peyorativamente la imagen del acusado, aquel debería probar su inocencia y no el Fiscal su culpabilidad. En ese sentido, se señala que toda evidencia de violencia sexual afecta de manera especial la consciencia de los jueces y los predispone de manera negativa frente al acusado¹²⁰, por lo que, en definitiva, dicha evidencia amenaza la presunción de inocencia. Así, la prueba de violencia sexual no sería admisible para probar crímenes que no sean específicamente de violencia sexual, lo que se separa del precedente establecido por el Tribunal Penal para Ruanda, el cual señaló que mediante la evidencia de violencia sexual podía constituirse el crimen de genocidio.

Producto de lo anterior, en febrero de 2004 y antes del inicio del juicio, el fiscal solicitó ampliar la acusación con cuatro nuevos cargos: violación como crimen de lesa humanidad, esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual como crímenes de lesa humanidad, matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad y vulneraciones de la dignidad personal como crimen de guerra¹²¹. Tanto la Sala de Enjuiciamiento como la Sala de Apelaciones rechazaron la solicitud del fiscal, señalando que tal ampliación constituiría una violación a los derechos del imputado de tener un proceso sin delaciones indebidas, y sería además un abuso del proceso¹²². El fiscal, por su parte, señalaba que era su obligación contar con la evidencia suficiente (tanto en cantidad como en calidad) al momento de imputar cargos contra el acusado, y que esa prueba era más difícil de obtener cuando se trataba de crímenes de violencia sexual, pues muchas mujeres se negaban en principio a testificar, y lo mismo ocurría con los testigos¹²³. Sus argumentos sólo fueron recogidos por el voto de minoría en la Sala de Apelaciones, cuando el juez Boutet indicó que ciertamente la recolección de evidencia de actos de violencia sexual era obtenida de manera diferente respecto de otras pruebas, y esa diferencia debiese ser tomada en cuenta cuando sea necesario¹²⁴, lo cual implica que la prueba debe ser apreciada con perspectiva de género.

Ambos casos nos demuestran cómo las diversas instituciones procesales deben ser apreciadas con perspectiva interseccional (en estos casos, de género), pues de lo contrario se

¹¹⁹ *The Prosecutor versus Norman, Fofana & Kondewa*. [2005] SCSL 04-14-pT (Tribunal Especial para Sierra Leona) Decision on Prosecution Request for Leave to Amend the Indictment. Disponible en: <<https://sierralii.org/sl/judgment/special-court/2006/119>> [consulta: 13 diciembre 2018]

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 64.

¹²¹ *Ibid.*, párr. 64.

¹²² *Ibid.*, párr. 86.

¹²³ *Ibid.*, párr. 55.

¹²⁴ OOSTERVELD (2009). *Op. Cit.*, p. 422.

producen problemas serios, que resultan en un daño irreparable para quienes fueran víctimas en dichos procedimientos.

4. Derecho doméstico y el sistema penal internacional

El Estatuto de Roma recoge diversas tradiciones legales, creando un nuevo proceso penal internacional que es comúnmente considerado híbrido. Asimismo, existe un flujo constante entre los distintos derechos domésticos y el derecho internacional (como ocurrió con la definición del delito de violación en los tribunales *ad hoc*)¹²⁵ y, finalmente, el Estatuto de Roma prescribe que la Corte puede aplicar principios generales del derecho de distintos países para resolver los casos que conoce. Si bien todas estas relaciones entre el derecho doméstico y el derecho penal internacional parecen neutrales, presentan problemas si se observan desde una perspectiva no occidental o no hegemónica, y aquellos problemas ciertamente se suman a las alegaciones de quienes señalan que la Corte Penal Internacional funciona como un tribunal creado para juzgar Estados fallidos.

Aunque puede considerarse que las diversas alegaciones que ponen énfasis en el sesgo político, ideológico y racial de la CPI miran más bien a aspectos de fondo de la misma y a su funcionamiento (entiéndase por funcionamiento a asuntos que van desde los crímenes sobre los cuales tiene competencia la Corte hasta la capacidad que tiene el fiscal de investigar y la Corte de juzgar bajo fuertes presiones políticas¹²⁶ tanto de países que son parte del Estatuto de Roma como de aquellos que no lo son) que a los aspectos procesales, resulta necesario identificar que el ámbito procesal juega también un rol fundamental puesto que hay herramientas procesales que nacen con determinado sesgo y cuyo objetivo es cumplir una función política. Entre tales aspectos procesales se encuentra, como se explicará en la sección siguiente, la posibilidad de utilizar no sólo principios, sino también derecho escrito de diversos países. Ahora bien, será la Corte la que decida qué derecho doméstico se utiliza,

¹²⁵ OOSTERVELD, V. The Influence of Domestic Legal Traditions on the Gender Jurisprudence of International Criminal Tribunals. En: *Cambridge Journal of International and Comparative Law*. 2013, no. 2, pp. 825-849.

¹²⁶ TELESUR. 2019. *EE.UU sanciona a funcionarios de la Corte Penal Internacional*. [en línea] <<https://www.telesurtv.net/news/eeuu-sanciones-funcionarios-corte-penal-internacional-20190315-0028.html>> [consulta: 02 abril 2019]

lo cual conlleva la sospecha de que será aquel de los países dominantes y no de otros¹²⁷. Ello conduce a los mismos problemas señalados respecto de los principios.

Así, entonces, resulta necesario que la Corte haga esfuerzos importantes para derribar los diferentes estigmas que la caracterizan: “justicia blanca para los negros africanos”¹²⁸ o “la Corte Penal Internacional como instrumento de la caza racial”¹²⁹. Ello sólo será posible en la medida que la Corte encuentra una base de legitimidad, y la legitimidad, en mi opinión, sólo podrá encontrarse cuando, al menos, el ámbito procesal de la CPI demuestre neutralidad y equidad.

4.1 ¿Corte Penal Occidental? Problemas desde una perspectiva no hegemónica

Era algo natural y esperable que el Estatuto de Roma se viese influenciado por las tradiciones legales de los países más poderosos que abogaron por su creación¹³⁰, y tales tradiciones legales eran el *common law* y el *civil law*, las cuales se reflejaron de manera conjunta en dicho tratado internacional¹³¹. Por lo anterior, la CPI es comúnmente denominada una Corte híbrida¹³². Esto demuestra un problema inicial, cual es que una Corte universal ignore las tradiciones legales de gran parte de los países que quedarían sometidos a su jurisdicción: los países que se rigen por la Ley Sharia o derecho musulmán¹³³. Evidentemente, estos países no se encuentran en una posición hegemónica o dominante como ocurre con los países que se rigen por el derecho anglosajón (Estados Unidos, el Reino Unido o Australia) o el derecho continental (Rusia, Alemania, Francia y prácticamente todos los países europeos y latinoamericanos), pero ello no justifica la exclusión de cualquier influencia de parte del derecho musulmán en el Estatuto de Roma (lo cual traería evidentes problemas de legitimidad)¹³⁴, menos si se considera que la mayoría de los conflictos en los que -

¹²⁷ SHANY, Y. Seeking Domestic Help: The Role of Domestic Criminal Law in Legitimizing the Work of International Criminal Tribunals. En: *Journal of International Criminal Justice*. 2013, no. 11, pp. 5-26.

¹²⁸ CHARAI, A. 2018. *La Corte Penal Internacional: Un Experimento Fallido*. [en línea] <<https://israelnoticias.com/editorial/corte-penal-internacional/>> [consulta: 02 abril 2019]

¹²⁹ Ibid, párr. 6.

¹³⁰ POWELL, E. y MITCHELL, S. The Creation and Expansion of the International Criminal Court: A Legal Explanation. En: *Midwest Political Science Association Conference: 3 a 6 de abril*. Chicago, 2008, pp. 1-49.

¹³¹ GUERRERO. Op. Cit., p. 219.

¹³² POWELL y MITCHELL. Op. cit., p. 4.

¹³³ SHANY. Op. Cit., p. 25.

¹³⁴ Ibid., p. 25.

eventualmente- se cometen crímenes que quedarían bajo la competencia de la CPI tienen lugar en tales países (Irak, el norte de África, Palestina e Israel, Sudán y Sudán del Sur, Nigeria, entre otros).

Ahora bien, además de la conexión existente entre las tradiciones legales domésticas y el proceso penal que adoptó la CPI en el Estatuto de Roma (influido por tales tradiciones domésticas), hay un flujo constante entre el sistema penal internacional y los sistemas penales domésticos, por cuanto estos se encuentran necesariamente enlazados¹³⁵. Así, por ejemplo, el Tribunal Penal Especial de Ruanda tomó la definición de violación del derecho doméstico para el delito de violación como forma de genocidio, y lo mismo ocurrió con el Tribunal Penal Especial para la Ex Yugoslavia¹³⁶.

Sin importar si ello resulta o no beneficioso, distintos tribunales penales internacionales han recurrido al uso de derecho doméstico en varias ocasiones¹³⁷. El problema es que el flujo se ha dado, hasta ahora, desde una sola dirección: los países occidentales¹³⁸, excluyendo a todos los países que no gozan de una posición privilegiada, especialmente los países musulmanes. Y ese problema se agudiza si se considera que la mayoría de los casos que han sido examinados y resueltos por la Corte han ocurrido en países islámicos (muchos de los cuales se rigen, al menos en parte, por el derecho musulmán o Ley Sharia)¹³⁹.

En ese sentido, el Estatuto de Roma no hace distinción: éste establece que la Corte puede tomar principios generales del derecho de distintos sistemas legales domésticos, sin distinción. Por ende, el hecho de que la CPI hasta ahora sólo se haya apoyado en los principios generales de derecho occidental no se relaciona directamente con lo indicado por el Estatuto, sino con un problema práctico en tanto se está aplicando lo establecido en aquel de forma discriminatoria hacia los países islámicos.

Ciertamente, la elección sesgada de principios generales del derecho exclusivamente occidentales implica un fracaso a las pretensiones de universalidad de la Corte¹⁴⁰ y crea un problema de legitimidad de las decisiones de esta. Lo anterior ocurre porque se están

¹³⁵ OOSTERVELD (2013). Op. Cit., p. 826.

¹³⁶ Ibid., p. 836.

¹³⁷ SHANY. Op. Cit., p. 23.

¹³⁸ BADAR, M. Islamic Law (*Shari'a*) and the Jurisdiction of the International Criminal Court. En: *Leiden Journal of International Law*. 2011, no. 24, pp. 411-433.

¹³⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT CASES [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx>> [consulta: 13 diciembre 2018]

¹⁴⁰ BADAR. Op. Cit., p. 411.

resolviendo situaciones que tienen lugar en África y Medio Oriente aplicando principios que se encuentran completamente alejados de dichas realidades, lo cual genera, a lo menos, un problema para la comprensión de los fallos de la CPI por parte de los ciudadanos que viven en los países donde se cometieron los crímenes.

La elección sesgada se convierte, derechamente, en discriminación si consideramos que no existe una razón plausible que justifique ignorar los principios generales del derecho musulmán¹⁴¹. Pareciera ser que la Corte asume, *a priori*, que los principios de la Ley Sharia son incompatibles con el sistema penal internacional o con el sistema internacional de los derechos humanos. Si ese es el caso, entonces estamos frente a una discriminación evidente. Ahora bien, es posible afirmar que los principios generales del derecho islámico sí son compatibles con el sistema penal internacional (al cual debe acogerse la CPI)¹⁴², por lo que su exclusión es, de todas formas, injustificada y discriminatoria.

Finalmente, vale recalcar que la situación anterior se agrava si se considera que la CPI ha sido catalogada (de manera peyorativa) como una Corte que viene a resolver conflictos de países africanos¹⁴³. En efecto, si bien algunos casos han sido remitidos directamente por los países afectados, en la mayoría de los casos que ha conocido y juzgado la Corte, ésta ha procedido de oficio, lo que ha llevado incluso a que países africanos denuncien el tratado internacional que creó el Estatuto de Roma (y, consecuentemente, la CPI) y dejen de someterse a su jurisdicción, como ocurrió con Burundi¹⁴⁴. Esta situación demuestra los riesgos que corre el sistema penal internacional cuando los actos de sus jueces son discriminatorios en tanto no existe ninguna justificación plausible que los jueces hayan entregado para no utilizar los principios generales del derecho de los países con tradiciones legales no dominantes¹⁴⁵ (es decir, que siguen la Ley Sharia) cuando están juzgando países que se rigen por una tradición legal musulmana.

Toda la situación descrita ciertamente ha tenido repercusiones en la práctica, las cuales deben ser analizadas para entender con mayor profundidad el problema. En efecto, distintos

¹⁴¹ Ibid., p. 411.

¹⁴² Ibid., p. 432.

¹⁴³ DE GUZMÁN, M. 2016. Is the ICC Targeting Africa Inappropriately? A Moral, Legal, and Sociological Assessment. En: STEINBERG, R. H. *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court*. Leiden, Koninklijke Brill. pp. 333-338.

¹⁴⁴ THE GUARDIAN. 2017. Burundi becomes first nation to leave international criminal court [en línea] <<https://www.theguardian.com/law/2017/oct/28/burundi-becomes-first-nation-to-leave-international-criminal-court>> [consulta: 01 diciembre 2018]

¹⁴⁵ BADAR. Op. Cit., p. 430.

órganos de la Corte han demostrado en su actuar un sesgo occidental, y han utilizado diversas herramientas procesales que el Estatuto (y el derecho internacional en general) contempla, en desmedro de países no hegemónicos. Un caso que ilustra lo anterior es la situación de Palestina en la Corte Penal Internacional, que se revisará en la siguiente subsección.

Otro aspecto relevante guarda relación con la posibilidad de que la Corte Penal Internacional utilice derecho doméstico para fundar sus decisiones, tal como lo han hecho antiguos tribunales penales internacionales como el de Nuremberg o de la Ex Yugoslavia¹⁴⁶. Esto puede tener objetivos ya sea de legitimación¹⁴⁷ (lo cual puede entenderse como un fin eminentemente político) o porque un asunto no se encuentra regulado de manera específica en el derecho internacional¹⁴⁸. En este caso, entonces, ya no se trata de que la Corte pueda utilizar principios de diversas tradiciones legales, sino que se trata de utilizar derecho estricto, desde definiciones de delitos (como ocurrió, por ejemplo, con la definición de violación¹⁴⁹) hasta reglas relativas a los estándares de prueba¹⁵⁰.

Si bien la situación anterior no se encuentra regulada en el Estatuto de Roma, tampoco se encuentra prohibida, y no hay razones para que la CPI se aleje de los precedentes de los antiguos tribunales *ad hoc* y decidiese no utilizar, en ningún caso, derecho doméstico a la hora de dictar sentencias¹⁵¹; menos aún si se considera que la utilización correcta de aquel sirve para legitimar su actuar. Por lo demás, varias definiciones y elementos de delitos han sido tomados de “diversos” derechos domésticos¹⁵², lo cual ha quedado reflejado en el Estatuto de Roma (lo que implica, en concreto, trasladar la decisión de utilizar derecho interno de los jueces a la fase de creación del Estatuto).

Con la situación expuesta, la Corte tiene, por un lado, la posibilidad de recurrir al derecho doméstico (de cualquier país) al momento de juzgar y, por otro lado, el recurso de utilizar interpretaciones de diferentes derechos internos para esclarecer los elementos de un delito que hayan sido tomados, ya por el Estatuto de Roma, de uno o más derechos nacionales (siendo esta situación casi obligatoria *a priori*).

¹⁴⁶ SHANY. Op. Cit., p. 6.

¹⁴⁷ Ibid., p. 6.

¹⁴⁸ OOSTERVELD (2013). Op. Cit., p. 827.

¹⁴⁹ Ibid., p. 827.

¹⁵⁰ SHANY. Op. Cit., p. 6.

¹⁵¹ Ibid., p. 26.

¹⁵² OOSTERVELD (2013). Op. Cit., p. 837.

No obstante lo anterior, esta herramienta puede ser bastante peligrosa desde una perspectiva no hegemónica. En efecto, la Corte debe ser cuidadosa de no aplicar derecho doméstico propio de una nación extremadamente poderosa/imperialista¹⁵³, lo cual hasta ahora ha sido una tendencia en otros tribunales internacionales. Por otro lado, ciertamente, un uso descuidado y excesivo de derecho nacional pone en jaque las pretensiones de universalidad de la Corte¹⁵⁴, haciendo que ciertos países -los cuales comúnmente no pertenecerán al primer orden mundial- se sientan excluidos.

En realidad, la elección de utilizar un derecho doméstico por sobre otro implica, en sí misma, cierta arbitrariedad¹⁵⁵, y ello empeora si la Corte excluye sistemáticamente el derecho doméstico de países no hegemónicos, en conjunto con la aplicación exclusiva de principios generales del derecho de los sistemas legales tradicionales, es decir, el *civil law* y el *common law*, ignorando también las tradiciones legales no hegemónicas. Así, el flujo entre derecho doméstico y derecho internacional deja de ser una herramienta neutral y se convierte en una que contribuye al mantenimiento del *statu quo*, favoreciendo a los países hegemónicos.

4.2 Admisibilidad de casos ante la Corte Penal Internacional: problemas de competencia y el principio de complementariedad

En el Estatuto de Roma se regulan los requisitos que deben cumplirse para que un caso sea admisible ante la Corte Penal Internacional. En ese sentido, cuando aquellos se cumplan, la Fiscalía de la Corte podrá iniciar investigaciones no formales y, en caso de que reúna información suficiente y considere que es pertinente, podrá acusar a sujetos determinados, comenzando así un procedimiento ante la CPI.

Ahora bien, las reglas que regulan los casos en que la Corte es competente y un caso admisible, aunque parecen neutrales, pueden resultar problemáticas si se aplican sin perspectiva interseccional. Esta situación se observa de mejor manera si se refleja en un caso específico, por lo que se ilustrarán en relación al conflicto palestino-israelí.

4.2.1 Sobre la competencia de la Corte Penal Internacional

¹⁵³ SHANY. Op. Cit., p. 10.

¹⁵⁴ Ibid., p. 11.

¹⁵⁵ Ibid.

El artículo 12 del Estatuto de Roma se refiere a las condiciones previas que deben existir para que la Corte ejerza su jurisdicción, en tanto tenga competencia para conocer de los crímenes que contempla el artículo 5 del mismo Estatuto¹⁵⁶. En el primer párrafo del art. 12, se indica que los Estados parte del Estatuto aceptan la jurisdicción de la Corte respecto de dichos crímenes, y en el segundo párrafo se explican casos específicos en que la Corte podrá ejercer su jurisdicción cuando el Fiscal decida iniciar, por sí solo, una investigación, o cuando un Estado parte haya solicitado que se investigue una situación determinada¹⁵⁷, cuales son que los crímenes hayan sido cometidos en un Estado parte o que haya aceptado la jurisdicción de la Corte, o que uno de los nacionales que habría cometido los crímenes sea nacional de un Estado parte o un Estado que ha aceptado la jurisdicción de la Corte. Sin embargo, el párrafo final del artículo 12 se refiere al procedimiento especial que debe llevar a cabo un Estado que no es parte del Estatuto para que la Corte pueda ejercer jurisdicción en virtud del segundo párrafo, señalándose que “dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate”¹⁵⁸.

En virtud de lo anterior, en enero de 2009 el Ministro de Justicia de la Autoridad Nacional Palestina envió una declaración a la CPI en representación del gobierno de Palestina, mediante la cual aceptaba la jurisdicción de la Corte por los crímenes cometidos en Gaza¹⁵⁹ y solicitaba iniciar las investigaciones. En esta declaración hacía referencia a “la situación de Gaza”, sin mencionar los crímenes específicamente cometidos por un bando u otro¹⁶⁰; sin embargo, las investigaciones de diversas organizaciones internacionales acusaban que las Fuerzas de Defensa de Israel habían atacado a civiles (proyectando misiles, intencionalmente, contra una escuela de las Naciones Unidas y oficinas de la misma organización) y habían utilizado armas químicas prohibidas¹⁶¹. En ese momento, y después de las diversas investigaciones que llevaron a cabo organizaciones internacionales, parecía

¹⁵⁶ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 12.

¹⁵⁷ Ibid., art. 12.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC). Information and outreach for affected communities of the situation in the state of Palestine [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/palestine>> [consulta: 28 abril 2019]

¹⁶⁰ KHASHAN, A. 2009. Declaration Recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court from Ali Khashan, Minister of Justice, Palestinian National Authority [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf>> [consulta: 01 mayo 2019]

¹⁶¹ WORSTER, W. The Exercise of Jurisdiction by the International Criminal Court Over Palestine. En: *American University International Law Review*. 2012, no. 26, pp. 1153-1209.

claro que los oficiales israelíes habían cometido crímenes de guerra que se encontraban tipificados en el Estatuto de Roma¹⁶², aunque reconocían, también, que las acciones militares perpetradas por Hamas¹⁶³ “probablemente” habían violado las disposiciones del derecho penal internacional¹⁶⁴.

Después de la declaración hecha por el representante palestino, inmediatamente surgió la discusión sobre si Palestina podía realmente acceder a la jurisdicción de la Corte: su calidad de Estado estaba en discusión, y de la respuesta que se diera dependía si militares israelíes podrían o no ser investigados y potencialmente juzgados por la CPI, haciéndolos responsables por los crímenes cometidos en territorio palestino.

Ahora bien, más allá de entrar a la discusión sobre si Palestina es o no un Estado (siendo identificado usualmente como un cuasi-estado ante diversos organismos internacionales¹⁶⁵), la exigencia que se establece en el Estatuto de Roma, si bien parece neutral, logra evitar que una serie de crímenes sean investigados y sometidos a la competencia de la Corte, porque implica entrar en una discusión extremadamente compleja y que depende, finalmente, de una cuestión política y hegemónica, cual es el reconocimiento de la soberanía de un territorio por parte de la comunidad internacional¹⁶⁶. Así, por ejemplo, no resultaría extraño que el Fiscal de la CPI o la Sala de Cuestiones Preliminares recurra a la situación de un “Estado” ante la Asamblea General de las Naciones Unidas para determinar su calidad de tal. Así lo ha hecho, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia al momento de decidir sobre la admisibilidad de ciertos casos¹⁶⁷. El problema es que la posibilidad de que los Estados (y ciertos cuasi Estados) se encuentren representados en la Asamblea General depende, en general, del reconocimiento de la comunidad internacional a aquellos¹⁶⁸ y, aún más importante, en el que el Consejo de Seguridad -órgano eminentemente político que

¹⁶² Ibid., p. 1155.

¹⁶³ Hamas es el nombre con que se conoce al Movimiento para la Resistencia Islámica, cuyos orígenes se remontan a 1987 y actualmente es el grupo islámico con mayor presencia en Palestina. Su objetivo original es el establecimiento de un estado islámico en la región de Palestino histórico, incluyendo actualmente Israel, Cisjordania y la Franja de Gaza.

¹⁶⁴ WORSTER. Op. Cit., p. 1156.

¹⁶⁵ Ibid., p. 1174.

¹⁶⁶ THOMSON, J. State Sovereignty in International Relations: Bridging the Gap between Theory and Empirical Research. En: *International Studies Quarterly*. 1995, no. 39, pp. 213-233.

¹⁶⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 2010. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia [en línea] <http://legal.un.org/icjsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1_add3.pdf> [consulta: 02 junio 2019]

¹⁶⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Miembros de las Naciones Unidas [en línea] <<https://www.un.org/en/sections/member-states/about-un-membership/index.html>> [consulta: 02 junio 2019]

representa los intereses de los países hegemónicos- juega un rol esencial por cuanto debe recomendar o no la aceptación de un Estado como miembro¹⁶⁹. Así, el requisito de que sólo los Estados puedan acceder a la Corte no es neutral, sino que tiende a proteger los intereses de países hegemónicos.

Sin embargo, si el objetivo de la CPI es terminar no sólo con la impunidad por la comisión de crímenes de guerra dentro de Estados, sino con los crímenes de guerra en general, la única forma de cumplir ese objetivo es permitir que entidades territoriales o “cuasi-estados” puedan acceder a la Corte, aunque no tengan atribuciones completas¹⁷⁰. Lo contrario conllevaría que quienes perpetran crímenes de guerra o de lesa humanidad escapen de la jurisdicción de la Corte alegando que, cuando cometieron dichos crímenes, se encontraban en un territorio cuya soberanía no es clara o porque eran nacionales de un Estado no reconocido¹⁷¹. Lo anterior es todavía más contradictorio si se considera que en los territorios en que no existe soberanía definida es más probable que existan conflictos armados¹⁷² y, por ende, que se cometan crímenes de guerra.

Así, entonces, una norma “neutral” referida a la competencia de la Corte, en su aplicación, puede producir efectos altamente discriminatorios desde una perspectiva interseccional, específicamente no hegemónica. Si bien la selección de casos que deben ser investigados es, en sí misma, controversial¹⁷³, un rechazo a la posibilidad de investigar los crímenes cometidos en la Franja de Gaza por cuanto Palestina no era un Estado¹⁷⁴ (lo cual es discutible y va en contra de los propósitos de la Corte Penal Internacional, como mencionamos anteriormente), a pesar de la abundante y detallada documentación existente al respecto¹⁷⁵, constituye una decisión con un sesgo político evidente¹⁷⁶ que tiende a proteger a los países hegemónicos.

¹⁶⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Reglamento de la Asamblea General [en línea] <https://www.un.org/es/ga/about/ropga/ropga_adms.shtml> [consulta: 02 junio 2019]

¹⁷⁰ Ibid., p. 1188.

¹⁷¹ Ibid., p. 1189.

¹⁷² UNIVERSITAT AUTÓNOMA DE BARCELONA. 2012. Alerta – Conflictos armados [en línea] <<https://escolapau.uab.cat/img/programas/alerta/alerta/12/cap01e.pdf>> [consulta: 01 mayor 2019]

¹⁷³ DUGARD, J. Palestine and the International Criminal Court: Institutional Failure or Bias?. En: *Journal of International Criminal Justice*. 2013, no. 11, pp. 563-570.

¹⁷⁴ Ibid., p. 563.

¹⁷⁵ WORSTER. Op. Cit., p. 1155.

¹⁷⁶ DUGARD. Op. Cit., p. 563.

4.2.2 Sobre el principio de complementariedad

Una de las bases de la Corte Penal Internacional es el principio de complementariedad: la jurisdicción de la CPI es complementaria al ejercicio de jurisdicción por parte de los Estados, siendo estos los que tienen la primera opción de investigar y juzgar¹⁷⁷. Es decir, la CPI viene a suplir las investigaciones y los procesos penales nacionales, actuando sólo ante circunstancias excepcionales¹⁷⁸ (mediante una jurisdicción subsidiaria), a diferencia de los antiguos tribunales penales *ad hoc*, que tenían competencia primaria, pudiendo ejercer jurisdicción sobre los crímenes de su competencia incluso si los sistemas jurídicos internos estaban conociendo del mismo crimen¹⁷⁹.

Ciertamente, el principio de complementariedad puede verse como una fortaleza o una desventaja para la Corte¹⁸⁰. Por un lado, puede observarse que la complementariedad serviría de catalizador para la acción de las jurisdicciones nacionales, en tanto los Estados no querrán ser considerados como naciones que contribuyen a la impunidad de quienes cometieron los crímenes más gravosos de la humanidad por parte de la comunidad internacional¹⁸¹. Además, los Estados ven menos afectada su soberanía (por cuanto mantienen la opción primaria de juzgar), lo que hace más probable que los Estados decidan firmar y ratificar el Estatuto de Roma¹⁸².

Sin embargo, también hay desventajas. Una de ellas es que la Corte es, *per se*, más débil que los tribunales penales especiales, en el sentido de que es secundaria a las jurisdicciones estatales y, por lo mismo, conocerá de un número de casos considerablemente menor que los tribunales *ad hoc*¹⁸³. Sin embargo, un problema mayor es que el principio de complementariedad genera una tensión constante entre la Corte y los Estados que se han visto envueltos en una situación donde se cometieren crímenes de competencia de aquella¹⁸⁴,

¹⁷⁷ PERRIN, B. Making sense of Complementarity: the relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions. En: *Sri Lanka Journal of International Law*. 2006, no. 2, pp. 301-325.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 302.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ CARTER, L. The future of the International Criminal Court: complementarity as strength or a weakness?. En: *Washington University Global Studies Law Review*. 2013, no. 12, p. 451-473.

¹⁸¹ BURKE-WHITE, W. Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice. En: *Harvard International Law Journal*. 2008, no. 49, pp. 53-108.

¹⁸² CARTER. *Op. Cit.*, p. 458.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 456.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 457.

pues la competencia de la Corte dependerá de sus propias consideraciones sobre las investigaciones o procesos que un Estado esté llevando adelante, y la decisión sobre su admisibilidad muy probablemente se basará, en parte, en cuestiones políticas¹⁸⁵.

El Estatuto de Roma regula en diversos artículos el principio de complementariedad. Así, en el preámbulo, el Estatuto de Roma señala que es deber de todos los Estados ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales¹⁸⁶, y aquello se reafirma en el artículo 1, donde se indica expresamente que la jurisdicción de la Corte es de carácter complementario¹⁸⁷.

Sin embargo, es el artículo 17 del Estatuto de Roma el que se refiere a la forma en que debe entenderse y aplicarse el principio de complementariedad en relación a las cuestiones de admisibilidad, siempre teniendo en cuenta que es la propia Corte la que decide si un caso es o no admisible¹⁸⁸, regulando los efectos prácticos aquel. Así, el artículo 17 señala que no será admisible un caso ante la Corte en cuatro situaciones diferentes:

- “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 iniciar un 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”¹⁸⁹.

¹⁸⁵ BRIGHTON, C. Avoiding Unwillingness: Addressing the Political Pitfalls Inherent in the Complementarity Regime of the International Criminal Court. En: *International Criminal Law Review*. 2012, no. 12, pp. 629-664.

¹⁸⁶ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., Preámbulo.

¹⁸⁷ Ibid., art. 1.

¹⁸⁸ Ibid., p. 301.

¹⁸⁹ ESTATUTO DE ROMA, Op. Cit., art. 17.

Son las tres primeras hipótesis las que plasman el principio de complementariedad, e inmediatamente se hace posible vislumbrar casos problemáticos; los dos más evidentes son la posibilidad de que se otorgue una amnistía inmediatamente después de terminado el proceso y si las diversas formas de justicia transicional constituyen, de una u otra forma, un procedimiento o enjuiciamiento¹⁹⁰. En cuanto a las amnistías que pudieran otorgarse después de un procedimiento penal que termina en la condena del acusado, como el Estatuto nada dice, la única forma de considerar que la Corte tuviese competencia sería probando que el proceso en sí mismo fue una simulación¹⁹¹, lo cual puede ser bastante complejo. Por otro lado, el Estatuto tampoco se refiere expresamente a si las diversas formas de justicia transicional pueden ser consideradas como procesos capaces de evitar la competencia de la Corte¹⁹², siendo necesaria una decisión caso a caso de la CPI, la cual deberá hacerse de manera cuidadosa para evitar caer en soluciones eminentemente occidentales/eurocéntricas (es decir, desconociendo el valor que pueden tener las “otras” formas de justicia).

Sin embargo, es aún más importante clarificar qué significa que un estado “no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda ‘realmente’ hacerlo”¹⁹³. Esto, por cuanto determinar el alcance de dicha expresión permite conocer los casos en que esta excepción puede aplicarse y, por lo demás, es especialmente relevante en el conflicto palestino-israelí.

En primer lugar, es posible señalar que el “no estar dispuesto” a iniciar una investigación o enjuiciamiento guarda relación con la intención de proteger a una persona por parte de un Estado (generalmente un nacional de dicho Estado) e intentando evitar que sea declarado responsable de un acto criminal, o cuando está llevando a cabo procedimientos que son inconsistentes con una intención real de llevar al sujeto ante la justicia¹⁹⁴. En ese sentido, el concepto de buena fe es clave: un Estado podrá mantener un caso fuera de la jurisdicción de la Corte si decide investigar o procesar a un sujeto genuinamente, bona fide¹⁹⁵. Por el contrario, si tales gestiones se llevan a cabo con la sola intención de evadir la jurisdicción de

¹⁹⁰ STAHN, C. Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court. En: *Journal of International Criminal Justice*. 2005, no. 3, pp. 695-720.

¹⁹¹ HOLMES, J. The Principle of Complementarity. En: LEE, R. *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations and Results*. La Haya: Kluwer Law International, 1999. pp. 41-45.

¹⁹² PERRIN. Op. Cit., p. 309.

¹⁹³ En inglés, “... the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution”.

¹⁹⁴ Ibid., p. 454.

¹⁹⁵ Ibid., p. 455.

la Corte (y así evitar que una persona sea eventualmente condenada)¹⁹⁶, es posible que la Corte ejerza jurisdicción, siendo por tanto el caso admisible en virtud del artículo 17.

Hay casos, sin embargo, en que la decisión sobre si un Estado está o no dispuesto a investigar o juzgar no es tan clara; por ejemplo, cuando en un determinado sistema judicial hay falta de independencia o de imparcialidad¹⁹⁷. Esto ocurre en el caso del conflicto palestino-israelí: si Palestina ejerciese jurisdicción sobre sus nacionales o israelíes que eventualmente cometieron crímenes en Gaza, Israel no otorgaría legitimidad alguna a dichas actuaciones, porque se concebiría que aquel proceso carece de imparcialidad y se basa en una posición política¹⁹⁸. Lo mismo ocurriría en el caso contrario. Por ello, sería deseable que la Corte, un órgano internacional imparcial, pudiese investigar y, eventualmente, juzgar.

Pero ello sólo es posible con una interpretación “amplia” de lo que significa “no estar dispuesto” a investigar y enjuiciar; y es esta la interpretación que debiese seguir la Corte al momento de decidir sobre la admisibilidad del caso, pues implica juzgar con perspectiva interseccional, teniendo en cuenta que es necesario acabar con la impunidad (especialmente de los nacionales provenientes de países poderosos en el orden mundial, como Israel) pero, a su vez, que es necesario que el juzgamiento se apegue a estándares propios de un debido proceso con el objetivo de hacerlo legítimo a los ojos de la comunidad internacional y de los países involucrados.

Por otro lado, la segunda parte de la excepción que permite a la Corte declarar admisible un caso es más compleja, porque “no poder realmente investigar o enjuiciar a una persona” implica hacer un juicio previo sobre los diversos sistemas jurídicos, entre desarrollados y subdesarrollados¹⁹⁹. Así, por ejemplo, es evidente que un Estado que ha colapsado recientemente, o que se encuentra en medio de una guerra civil y cuyo poder judicial ha dejado de funcionar, no puede realmente iniciar una investigación²⁰⁰. Por otro lado, también es posible considerar, con relativa facilidad, que esta disposición alcanza las situaciones en que existe una policía totalmente ineficaz, incapaz de llevar adelante una investigación que cumpla con ciertos estándares mínimos o de mantener al acusado en custodia²⁰¹. Sin

¹⁹⁶ PERRIN. Op. Cit., p. 311.

¹⁹⁷ WORSTER. Op. Cit., p. 1157.

¹⁹⁸ Ibid., p. 1157.

¹⁹⁹ CARTER. Op. Cit., p. 458.

²⁰⁰ Ibid., p. 454.

²⁰¹ PERRIN. Op. Cit., p. 305.

embargo, la situación es distinta cuando un Estado con un sistema jurídico desarrollado y funcional intente resistir la jurisdicción de la Corte señalando que inició los procedimientos para juzgar a un sujeto mientras no pueda conseguir la extradición de este²⁰².

Entonces, aunque la inhabilidad -genuina- de investigar y perseguir parece ser una excepción neutral, esta tiende a aplicarse únicamente en contra de países con sistemas no estables, corrompidos, propios de Estados más “débiles”²⁰³. Es por ello, quizás, que la Corte se ha enfocado en las naciones africanas al momento de investigar²⁰⁴. Entonces, si bien este principio, cuando se aplique de manera correcta, podría llevar a cumplir uno de los objetivos de la CPI en tanto puede interpretarse como un incentivo a que los Estados inicien investigaciones, juzguen y condenen a los culpables de crímenes de guerra y lesa humanidad y, con ello, cooperen con el término de la impunidad²⁰⁵, será necesario que se aplique con perspectiva interseccional para evitar que se produzca, en la práctica, una persecución en contra de Estados no hegemónicos, tal como ha ocurrido hasta ahora, y que ciertamente podría ocurrir en el caso del conflicto palestino-israelí.

En ese sentido, Israel ha recalcado que no resulta pertinente que la Corte inicie investigaciones en contra de sus nacionales porque se trata de un Estado democrático con un sistema judicial que, según su actual presidente, funciona de manera excepcional²⁰⁶. No debiese, en conclusión, ser posible que un Estado cuyo sistema judicial se encuentra, en este caso particular, probablemente afectado e influenciado por consideraciones políticas, pudiese sustraer de la competencia de la Corte crímenes bien documentados: una interpretación armónica y con perspectiva interseccional de lo que significa “no estar dispuesto” y “no poder realmente” demuestra que el principio de complementariedad no debiese ser suficiente para que la Corte no pueda conocer de los crímenes cometidos en el conflicto de Gaza.

²⁰² SCHABAS, W. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. 610p.

²⁰³ JALLOH, C. Africa and the International Criminal Court: Collision Course or Cooperation?. En: *North Carolina Central Law Review*. 2012, no. 34, pp. 203-229.

²⁰⁴ CARTER. Op. Cit., p. 458.

²⁰⁵ Ibid., p. 459.

²⁰⁶ LAZAROFF, T. 2019. Netanyahu: It’s absurd for ICC to put U.S. or Israeli soldiers on trial [en línea] <<https://www.jpost.com/Israel-News/Netanyahu-Its-absurd-for-ICC-to-put-US-or-Israeli-soldiers-on-trial-586805>> [consulta: 28 abril 2019]

5. Problemas desde una perspectiva de género

La Corte Penal Internacional pretende ejercer jurisdicción sobre diversos crímenes que se desarrollan en contextos de conflicto o anormalidad constitucional, los cuales pueden tener lugar ya sea de manera interna o internacional. Por lo mismo, es común que, en dichos contextos, se presente una violencia sistemática contra las mujeres; así ha ocurrido a lo largo de la historia, aunque de diversas formas²⁰⁷.

Ahora bien, normalmente se entiende que los crímenes de violencia sexual contra las mujeres que se perpetran en tales períodos de conflicto son una consecuencia inevitable²⁰⁸, por lo que nunca se les ha prestado la importancia necesaria y, en ese sentido, por regla general no se han perseguido tales crímenes -ya sea como crímenes de guerra o como crímenes de lesa humanidad- en las diversas cortes penales internacionales especiales²⁰⁹.

Pero la situación de la CPI es diferente (o, al menos, se espera que lo sea). El Estatuto de Roma tipificó, de manera específica, diversos crímenes de violencia sexual, los cuales podrán ser perseguidos y juzgados ante la Corte. Con esto, se pretende evitar cometer los mismos errores del pasado, esto es, entender la violencia de género (en especial los delitos de violación) como una consecuencia inevitable de todo conflicto armado²¹⁰.

De todas formas, más allá de la tipificación de dichos crímenes, la Corte Penal Internacional ha plasmado otros aspectos relevantes que demuestran un avance en temas de género. En primer lugar, el Estatuto de Roma busca establecer un mínimo de equidad en el organigrama de la Corte, según lo dispone el artículo 36(8)(III). En segundo lugar, ha habido un avance importante en la situación procesal de las víctimas (especialmente, de las víctimas de violencia sexual). Esto se debe, fundamentalmente, a dos razones: 1) tal como se mencionó anteriormente, el abandono de un proceso inspirado únicamente en el *common law* y las influencias del derecho continental implicaron una mejora en la situación de la víctima como

²⁰⁷ HASKELL, J. The Complicity and Limits of International Law in Armed Conflict Rape. En: *Boston College Third World Law Journal*. 2009, no. 29, pp. 35-84.

²⁰⁸ CLARK, J. Making Sense of Wartime Rape: A Multi-causal and Multi-level Analysis. En: *Ethnopolitics*. 2014, no. 13, pp. 461-482.

²⁰⁹ COPELON. Op. Cit., p. 222.

²¹⁰ LEHR-LEHNARDT, R. One Small Step for Women: Female-Friendly Provisions in the Rome Statute of the International Criminal Court. En: *B.Y.U Journal of Public Law*. 2002, no. 16, pp. 317-354.

sujeto procesal²¹¹, y 2) porque hay una preocupación especial contra la revictimización que viven las mujeres que sufrieron cualquier tipo de violencia sexual, lo que quedó plasmado en el Reglamento Interno (también “*Policy Paper*”) sobre víctimas de violencia de género de la Fiscalía²¹².

Aquel documento pretende orientar el actuar de la fiscalía de la CPI hacia diversos principios que buscan resguardar los derechos de las víctimas y testigos de crímenes sexuales y de violencia de género en todas las etapas del proceso que debería seguirse ante la Corte²¹³, es decir, desde las investigaciones preliminares hasta la etapa de reparaciones²¹⁴. El mismo documento consagra que, para lograr lo anterior, es necesario actuar con perspectiva de género, lo que implica entender las diferencias de estatus, poder, rol social y necesidades entre hombres y mujeres, considerando el impacto de dichas diferencias en las oportunidades y la forma en que ambos géneros se desenvuelven en la sociedad²¹⁵.

Es evidente que el Reglamento significa, *a priori*, un avance para la situación de las mujeres víctimas de violencia de género²¹⁶, pues este parte por reconocer que su posición es diferente a la de otras víctimas de delitos tipificados en el Estatuto de Roma. De la misma forma, asegura la persecución de todos los delitos de violencia sexual y de género cuando exista evidencia suficiente²¹⁷ (prescribiendo que la fiscal debe investigar a fondo este tipo de delitos y presentar cargos incluso simultáneos cuando sea necesario, con el objetivo de abarcar todas las dimensiones de estos delitos), busca evitar toda forma de revictimización²¹⁸ y regula el tratamiento de la prueba y evidencia²¹⁹ (estableciendo, por ejemplo, que se prohíbe, por regla general, presentar prueba que guarde relación con la credibilidad, características o conductas sexuales anteriores de la víctima o testigo).

Ahora bien, aunque ciertamente el reglamento representa un avance para las mujeres, es problemático que aquel no se esté utilizando en la práctica, incluso en casos emblemáticos (lo cual se tratará más adelante).

²¹¹ GUERRERO. Op. Cit., p. 234.

²¹² OOSTERVELD, V. The ICC Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes: A Crucial Step for International Criminal Law. En: *William & Mary Journal of Women and the Law*. 2018, no. 24, pp. 443-457.

²¹³ OTP (2014), Op. Cit., p. 5.

²¹⁴ Ibid., p. 8.

²¹⁵ Ibid., p. 3.

²¹⁶ OOSTERVELD (2018). Op. Cit., p. 443.

²¹⁷ OTP (2014), Op. Cit., p. 30.

²¹⁸ Ibid., p. 34.

²¹⁹ Ibid., p. 35.

En la sección siguiente se analizará, entonces, la situación actual de las víctimas (y, en especial, de las víctimas de violencia de género) en los procesos penales ante la Corte Penal Internacional, demostrando la diferencia que se presenta entre la teoría y la práctica.

5.1 Víctimas como intervinientes ante la Corte Penal Internacional

Para entender de mejor manera la situación actual de las víctimas de violencia de género ante la Corte, es necesario, en primer lugar, hacer una referencia a la situación de las víctimas en general en el Estatuto de Roma, especialmente si se considera que la CPI es el primer tribunal penal internacional que reconoce a las víctimas como participantes del proceso²²⁰, garantizándoles una serie de derechos inéditos que les permiten asimilarse a una parte de aquel²²¹.

En ese sentido, suele señalarse que el Estatuto de Roma vino a concretar los avances experimentados en la materia de reconocimiento a los derechos de las víctimas por parte de los tribunales penales especiales para Ruanda y la Ex Yugoslavia²²², los cuales, por su parte, se habían desligado de la nula preocupación por las víctimas que hubo en los juicios de Nuremberg, en cuyo Estatuto ni siquiera se hacía mención a la palabra “víctima”²²³. Sin embargo, es posible sostener que los cambios estipulados por el Estatuto de la Corte Penal Internacional van más allá, estableciendo derechos sin precedentes para aquellas.

Así, por primera vez en la historia del derecho penal internacional, se contempla el derecho de las víctimas a ser representadas de manera autónoma ante la Corte (es decir, pueden contar con su propio abogado)²²⁴ y, en segundo lugar, se prevé, en el mismo Estatuto y de manera expresa²²⁵, la posibilidad de otorgar compensaciones a las víctimas (aunque, para ello, será necesario que haya una sentencia condenatoria²²⁶). Además, se vislumbra un claro avance

²²⁰ KELLY, S. The Role of Victims in the International Criminal Court: Challenges & Opportunities. En: *New England Journal of International & Comparative Law*. 2012, no. 18, pp. 243-263.

²²¹ FRIMAN, H. The International Criminal Court and Participation of Victims: A Third Party of the Proceedings?. En: *Leiden Journal of International Law*. 2009, no. 22, pp. 485-500.

²²² GARKAWE, S. Victims and the International Criminal Court: Three Major Issues. En: *International Criminal Law Review*. 2003, no. 3, pp. 345-367.

²²³ *Ibid.*, p. 347.

²²⁴ *Ibid.*, p. 345.

²²⁵ Esto implica una diferencia importante respecto, específicamente, del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, por cuanto, si bien en aquel se habían otorgado ciertos montos de dinero como una suerte de indemnización reparatoria, ello había sido gracias a la creación jurisprudencial, sin sustento alguno en su respectivo Estatuto. Véase GARKAWE, p. 362.

²²⁶ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 75.

respecto de las medidas de protección para las víctimas que son, a la vez, testigos, en tanto se permite, en casos calificados, no revelar la identidad de la víctima no sólo al público y a la prensa, sino tampoco al acusado y a su defensa²²⁷, lo que representa una excepción a los deberes de *disclosure inter partes*. Cabe resaltar que este último avance ha sido fuertemente criticado -especialmente por juristas del *common law*- ya que significaría una vulneración del derecho a la defensa del acusado y, consecuentemente, una falta al debido proceso²²⁸. Este punto será tratado con mayor detención en la sección 6.5.

Las razones por las cuales se produjeron estos avances son muchas y muy variadas; sin embargo, hay dos que son de especial relevancia: 1) el cambio de paradigma al momento de analizar los crímenes masivos, donde antiguamente se ponía el enfoque en quienes los perpetraban y, a partir de la década de los 60', se puso el enfoque en las víctimas y los sobrevivientes de aquellos²²⁹, y 2) la influencia del feminismo en tanto permitió formular una crítica contra la forma en que las víctimas (especialmente las víctimas de violencia sexual) debían comparecer en un juicio adversarial, donde eran vistas únicamente como fuente de evidencia y, por lo mismo, eran constantemente revictimizadas²³⁰.

Por lo anterior, es plausible que el Estatuto estableciese una preocupación especial por la situación de las víctimas, viéndolas como potenciales participantes del procedimiento y no sólo como testigos y, además, que buscarse evitar todo tipo de revictimización cuando ellas debiesen actuar como testigos²³¹. Para garantizar su participación en un procedimiento, se establecieron derechos básicos (específicamente en el artículo 68 del Estatuto), y se delegó la concretización de aquellos a las Reglas de Procedimiento y Evidencia²³². Sin embargo, es claro que la forma en que se ejerzan los derechos que contempla el Estatuto dependerán, en gran parte, de lo que decida la Corte (a través de cada una de sus Salas) en cada caso²³³.

En ese sentido, a pesar de las preocupaciones de parte importante de la doctrina respecto a que las víctimas se conviertan en una tercera parte del procedimiento²³⁴ (que sigue, además, un modelo adversarial, de dos partes contrincantes), es posible señalar que las víctimas son

²²⁷ GARKAWE. Op. Cit., p. 352.

²²⁸ Ibid., p. 353.

²²⁹ Ibid, p. 349.

²³⁰ Ibid, p. 350.

²³¹ THYNNE, K. The International Criminal Court: A Failure of International Justice for Victims. En: *Alberta Law Review*. 2009, no. 46, pp. 957-981.

²³² GARKAWE. Op. Cit., p. 349.

²³³ FRIMAN. Op. Cit., p. 486.

²³⁴ Ibid., p. 500.

participantes del procedimiento, pero no partes, y que su participación estará delimitada, en gran medida, por lo que decida la Corte en el caso específico. Así, por lo demás, lo ha entendido la Corte²³⁵.

Por ejemplo, respecto a la posibilidad de presentar evidencia que se refiera a la culpabilidad o inocencia del acusado, la CPI indicó que aquella facultad corresponde a las partes, no pudiendo las víctimas ni sus representantes aportar pruebas de manera directa²³⁶. Sin embargo, como la Corte sí puede decretar la presentación de todas las pruebas necesarias para conocer la verdad, las víctimas tendrían la posibilidad de solicitarle a la Sala respectiva la obtención de determinadas pruebas²³⁷. Ello demuestra que la forma en que las víctimas participan en un caso concreto se encuentra subordinada a las decisiones que la Corte tome al respecto.

Hay, ciertamente, derechos procesales cuyo ejercicio la Corte no puede delimitar, como el derecho de las víctimas a examinar a los testigos y, en general, la evidencia presentada por las partes del procedimiento²³⁸. Sin embargo, ello es excepcional: en la mayoría de los casos la Corte no puede limitar los derechos en sí mismos, pero sí puede demarcar la forma en que estos se ejercen, y al momento de hacerlo, será esencial que tenga presente que uno de los objetivos principales de esta Corte es la protección de los intereses de las víctimas²³⁹, siendo menester el respeto por los derechos efectivamente establecidos en el Estatuto. Cualquier otra solución implicaría un paso hacia atrás, situación que la Corte no puede permitirse.

5.1.1 Víctimas de violencia de género en la Corte Penal Internacional

Como mencionábamos anteriormente, el Estatuto de Roma, en conjunto con diferentes documentos que se han creado para regular el funcionamiento de los diversos órganos que operan en el sistema penal internacional, han consagrado una situación más favorable para las mujeres que han sido víctimas de violencia de género o violencia sexual en el contexto de conflictos nacionales o internacionales (o, incluso, en casos que no pueden ser

²³⁵ *The Prosecutor v. Lubanga Dyilo* (Situation in the Democratic Republic of the Congo), Decision on Victims' Participation, ICC 01/04-01/06-1119 (Sala de Cuestiones Preliminares I). 2018.

²³⁶ *Ibid.*, párr. 108.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ FRIMAN. Op. Cit., p. 492.

²³⁹ CHINKIN, C. Due Process and Witnesses Anonymity. En: *American Journal of International Law*. 1997, no. 91, pp. 75-79.

catalogados de conflictos, pero en los cuales se cometen crímenes de lesa humanidad que quedan sometidos a la jurisdicción de la Corte). Dicha situación puede ser considerada mejor que la que encontrábamos en los antiguos tribunales penales especiales, pues en estas se cometieron diversos errores incluso en los Estatutos (los cuales, por ejemplo, no incluían diversos delitos de violencia sexual en los crímenes que podrían ser juzgados por los tribunales *ad hoc*²⁴⁰).

Ahora bien, recientemente se han presentado diversas situaciones que hacen dudar de esta supuesta mejoría en la situación de las mujeres. En primer lugar, después de que la Sala de Apelaciones de la Corte dictase sentencia en el Caso Bemba (que se verá con mayor profundidad más adelante) revocando la sentencia condenatoria por crímenes de violencia sexual como crímenes de guerra y de lesa humanidad contra Jean Pierre Bemba²⁴¹, la fiscal general de la Corte publicó un documento oficial en el que señala compartir la frustración y tristeza de las víctimas, de sus familias y de sus comunidades²⁴². En ese mismo sentido, la fiscal Bensouda recalca su admiración por las víctimas que contribuyeron a la búsqueda de justicia por más de 10 años (tiempo que duró dicho proceso) y que debieron enfrentar diversas amenazas²⁴³ (por las cuales Bemba fue condenado en la misma CPI por obstrucción a la justicia, específicamente por la coacción y falsificación de testigos²⁴⁴). Indica, finalmente, que incluso si no fue posible conseguir dicha justicia (en la forma de una condena contra Jean Pierre Bemba por los crímenes que cometió el ejército que él lideraba), muchas de las víctimas y testigos expresaron su satisfacción por, al menos, poder haber sido escuchadas y reconocidas como víctimas²⁴⁵.

Sin embargo, lo anterior deja, al menos, dos conclusiones claras de problemáticas evidentes que se presentan en los procesos que se llevan ante la Corte hasta el día de hoy. En primer lugar, el hecho de que los *Policy Papers* o reglamentos internos que regulan la prueba (tanto

²⁴⁰ Ibid., p. 81.

²⁴¹ *The Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba*. [2018] ICC Appeals Chamber 01-05-01-08-T (Corte Penal Internacional, Cámara de Apelaciones). Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF> [consulta: 01 octubre 2018]

²⁴² OFFICE OF THE PROSECUTOR (OTP). *Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr Jean-Pierre Bemba Gombo* [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat>> [consulta: 13 diciembre 2018]

²⁴³ Ibid., párr. 14.

²⁴⁴ *The Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba et al.* [2017] ICC Trial Chamber ICC-01/05-01/13 (Corte Penal Internacional) 22 marzo 2017. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_01420.PDF> [consulta: 13 diciembre 2018]

²⁴⁵ OTP, *Statement of the Prosecutor*. Op. Cit., párr. 15.

las reglas de evidencia generales de la Oficina del Fiscal como las reglas de evidencia específicas del documento referido a las víctimas de violencia sexual) parecieran quedar sólo en el papel, por cuanto la prueba no fue analizada con perspectiva de género²⁴⁶ y porque las víctimas que procedieron a dar su testimonio se vieron envueltas en un juicio donde, derechamente, se presentó evidencia falsa, y hubo una atmósfera “no amigable” en que tuvieron que declarar, demostrando que la Fiscalía fue totalmente incapaz de evitar la revictimización, cual era uno de sus objetivos principales, según consta tanto en los objetivos declarados por Bensouda²⁴⁷ como por lo establecido en el Reglamento Interno sobre Víctimas de Violencia Sexual²⁴⁸.

En segundo lugar, porque si se considera que las más de 70 testigos²⁴⁹ (muchas de ellas víctimas de violencia sexual en el conflicto armado de la República Centroafricana, por el cual se juzgó a Bemba) que declararon en el proceso pueden sentirse “satisfechas” por el hecho de haber sido escuchadas y reconocidas como víctimas, entonces bastaría con repetir instancias como las de Cortes de Mujeres, donde al menos se crea un ambiente de seguridad y confianza²⁵⁰, lo cual difiere de la situación hostil que deben enfrentar estas mujeres en la Corte, en la cual su historia está siendo constantemente cuestionada incluso por los jueces.

En ese sentido, si bien las Cortes de Mujeres que se crearon después de que se juzgaran los crímenes de la Ex Yugoslavia no eran instancias oficiales²⁵¹, sí cumplían el objetivo de escuchar las historias de las víctimas o testigos y reconocerles la calidad de víctimas²⁵², creando un ambiente seguro para que ellas pudiesen contar su historia. Esta instancia fue necesaria porque, como ya se mencionó, los tribunales *ad hoc* no tomaban en cuenta a las víctimas más que como fuentes de evidencia ni siquiera en sus respectivos estatutos²⁵³. En cambio, la CPI sí cuenta con un estatuto para las víctimas de los crímenes que juzga, por lo que no es aceptable que actualmente siga desatendiendo reglas procesales que buscan valorar la prueba con perspectiva de género, evitar la revictimización y lograr reparaciones efectivas para aquellas; en resumen, no es posible que pueda sentirse satisfacción por el hecho de que

²⁴⁶ Ibid., párr. 7.

²⁴⁷ BENSOU DA, FATOU. *Speech by Fatou Bensouda at the 52nd Munich Security Conference* [en línea] <<https://www.securityconference.de/en/activities/munich-security-conference/munich-security-conference/msc-2016/speeches/speech-by-fatou-bensouda/>> [consulta: 13 diciembre 2018]

²⁴⁸ OTP (2014), Op. Cit., p. 6.

²⁴⁹ OTP, Statement of the Prosecutor. Op. Cit., párr. 8.

²⁵⁰ CLARK (2015). Op. Cit., p. 74.

²⁵¹ Ibid., p. 87.

²⁵² Ibid., p. 84.

²⁵³ Ibid., p. 70.

las víctimas hayan podido contar sus historias al mundo en un proceso penal ante la primera Corte Penal Internacional permanente de la historia²⁵⁴ que duró más de 10 años y en el cual se presentaron más de 300 piezas de evidencia y 72 testigos²⁵⁵.

Un último punto relevante que ilustra la situación actual en que se encuentran las mujeres víctimas de violencia de género en el proceso penal internacional se presenta en el caso Boko Haram. Boko Haram es un grupo radical islámico que ha estado activo en Nigeria desde 2002, y cuyos dos principales objetivos son la oposición al “secularismo occidental” y la creación de un estado islámico nigeriano²⁵⁶. Dentro de sus ataques que forman parte de una ofensiva para establecer un califato²⁵⁷, se encuentra el secuestro sistemático de niñas escolares. En efecto, desde el 2009, el gobierno de Nigeria señala que se han secuestrado más de 10.000 mujeres y niñas²⁵⁸.

La Oficina del Fiscal de la CPI empezó a investigar la situación en Nigeria en abril de 2011, y hasta ahora, en los diversos informes sobre investigaciones preliminares que se han publicado desde 2011, ninguno de ellos ha hecho referencia a crímenes de violencia de género o violencia sexual²⁵⁹. Incluso en agosto de 2013, cuando se presentó el primer informe específico sobre la situación en Nigeria (Informe del artículo 5 del Estatuto de Roma), no se hizo ninguna referencia a dichos crímenes²⁶⁰; en cambio, se hace referencia únicamente a los crímenes de homicidio y persecución, esta última por motivos religiosos y políticos²⁶¹. Es más, en el Informe se reconoce que Boko Haram había perpetrado ataques dirigidos contra población civil contra grupos selectos de personas tales como políticos, miembros de la comunidad internacional y fuerzas de seguridad de las Naciones Unidas y cristianos²⁶², sin mencionar a las mujeres, a pesar de que las olas de secuestros habían iniciado a principios de 2013²⁶³.

²⁵⁴ CÁRDENAS, C. Revisión crítica del criterio “interés de la justicia” como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional. En: *Revista de Derecho UCN*. 2011, no. 18, pp. 21-47.

²⁵⁵ OTP, Statement of the Prosecutor. Op. Cit., párr. 8.

²⁵⁶ ZENN, J. y PEARSON, E. Women, Gender and the evolving tactics of Boko Haram. En: *Journal of Terrorism Research*. 2014, no. 5, (Special Issue), pp. 46-57.

²⁵⁷ Ibid., p. 46.

²⁵⁸ Ibid., p. 46.

²⁵⁹ Véase los informes preliminares, todos disponibles en: <<https://www.icc-cpi.int/nigeria>>

²⁶⁰ OFFICE OF THE PROSECUTOR OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. 2014. *Situation in Nigeria: Article 5 Report*.

²⁶¹ Ibid., p. 22.

²⁶² Ibid., p. 21.

²⁶³ ZENN Y PEARSON. Op. Cit., p. 48.

La situación descrita demuestra problemas desde una perspectiva de género que presentan diversos instrumentos y fases procesales, como lo es la facultad -discrecional- que tiene el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de solicitar al fiscal que inicie una investigación²⁶⁴. Pero el problema más importante guarda relación con las facultades que tiene el fiscal para iniciar investigaciones (y los hechos específicos que decide incluir en las mismas), pues dichas facultades pueden generar (y están generando) problemas serios desde una perspectiva interseccional. Esto se revisará en la sección siguiente.

5.2 Facultades del fiscal para iniciar -o no iniciar- investigaciones

El Estatuto de Roma provee herramientas novedosas para que el Fiscal pueda decidir si inicia o no investigaciones en casos concretos²⁶⁵ (más allá de la intervención que puedan tener organismos externos, como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) y, además, la forma en que llevará adelante las investigaciones. En ese sentido, hay una balanza entre autonomía y control que cuenta con instituciones que pueden ser beneficiosas pero que, a su vez, presentan riesgos complejos cuando se miran desde una perspectiva crítica no interseccional. La institución más problemática es la posibilidad que tiene la fiscal de no iniciar una investigación “en interés de la justicia”²⁶⁶, especialmente si se tiene en cuenta que es difícil concebir situaciones en que los crímenes más terribles contra la humanidad son los que se persiguen ante la CPI²⁶⁷ y que la Corte debe rendir cuentas a intereses extremadamente diversos²⁶⁸.

La situación es compleja porque, en primer lugar, es difícil definir el concepto “interés de la justicia”. Si bien el primer fiscal de la Corte, Moreno Ocampo, presentó un Reglamento Interno sobre esta institución, en él dejó claro que su interpretación acerca de qué es el interés de la justicia puede variar cuando la interpretación la realicen futuros fiscales²⁶⁹. Hay, ciertamente, algunos puntos que son evidentes: la institución de interés de la justicia es excepcional²⁷⁰, es propia de la discrecionalidad del fiscal (lo cual no significa

²⁶⁴ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., Art. 13.

²⁶⁵ CHRISTENSEN. Op. Cit., p. 417.

²⁶⁶ CÁRDENAS. Op. Cit., p. 21.

²⁶⁷ WEBB, P. The ICC Prosecutor’s Discretion Not to Proceed in the “Interest of Justice”. En: *Criminal Law Quarterly*. 2005, no. 50, pp. 305-348.

²⁶⁸ Ibid, p. 305.

²⁶⁹ OFFICE OF THE PROSECUTOR OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (OTP). 2007. Policy Paper on the Interest of Justice.

²⁷⁰ CÁRDENAS. Op. Cit., p. 24.

arbitrariedad²⁷¹ y representa una válvula de escape en ciertos casos específicos²⁷². El problema, hasta ahora, es determinar cuáles son esos casos específicos en que puede ser utilizada esta institución para no iniciar una investigación o para no presentar cargos una vez iniciada.

El Reglamento Interno presentado por el fiscal Ocampo en 2007 señala algunos criterios explícitos que deberán ser considerados al utilizar la institución en cuestión: la gravedad del crimen cometido (en cuanto a su intensidad, su naturaleza, la forma en que se cometieron y su impacto)²⁷³, los intereses de las víctimas (tanto en sus expectativas de justicia como su protección)²⁷⁴ y las circunstancias específicas en que se encuentra el acusado (especialmente su edad y estado de salud)²⁷⁵. Puede observarse que, dentro de estos factores, quedan fuera al menos dos que son de suma relevancia: la posibilidad de que el inicio de un proceso perturbe las negociaciones de paz que puedan existir en un contexto determinado²⁷⁶ (el cual es explícitamente descartado en el Reglamento, por cuanto la persecución penal y los procesos de paz irían por cuerda separada²⁷⁷) y la falta de recursos o sobrecarga de trabajo en la Fiscalía y la Corte²⁷⁸.

El primer criterio mencionado es esencialmente problemático puesto que, si bien es necesario que estos criterios se presenten *ex ante* en aras a la transparencia²⁷⁹, es demasiado ambiguo y conlleva una jerarquización de crímenes que se realizará según lo que estime el fiscal (más allá de la posible revisión que deba llevar adelante la Sala de Cuestiones Preliminares); decisión que estará influenciada por concepciones históricas del juez y que puede llevar, por ejemplo, a considerar que los crímenes de violencia sexual son una consecuencia inevitable en tiempos de conflicto armado²⁸⁰, tal como ha ocurrido en diversas instancias de justicia *post* guerras²⁸¹.

²⁷¹ Ibid., p. 24.

²⁷² Ibid., p. 16.

²⁷³ OTP (2007). Op Cit., p. 5.

²⁷⁴ Ibid., p. 5.

²⁷⁵ Ibid., p. 6.

²⁷⁶ CHRISTIAN, E. Violations of the International Criminal Law in the Israeli-Palestinian Conflict: Why the ICC should not prosecute in the interests of justice. En: *Temple Int'L & Comp. L.J.* 2015, no. 29, pp. 275-307.

²⁷⁷ OTP (2007). Op Cit., p. 1.

²⁷⁸ CÁRDENAS. Op. Cit., p. 36.

²⁷⁹ WEBB. Op. Cit., 306.

²⁸⁰ CLARK (2014). Op. Cit., p. 467.

²⁸¹ Ibid., p. 462.

Para evitar la situación anterior, se ha propuesto que la institución “interés de la justicia” no mira factores intrínsecos del crimen cometido, sino que se refiere a las circunstancias que rodean dichos crímenes²⁸², es decir, se trata de observar el contexto que rodea el caso mismo y las circunstancias inmediatas que pueden derivar de su investigación²⁸³ (con lo cual se puede tomar en cuenta la falta de recursos y la posibilidad de que la persecución afecte procesos de paz en curso). Esta interpretación conlleva, a su vez, que ciertos crímenes que se cometan, incluso, en contextos idénticos, podrán ser perseguidos en cierto momento y no en otro momento.

El problema es que cualquiera de las alternativas que se utilicen son demasiado riesgosas pues permiten que la Fiscalía de la Corte pueda jerarquizar los crímenes que quedan bajo su competencia, siendo extremadamente probable que, bajo esta institución, se escondan razones políticas²⁸⁴, sospecha latente que se instauró desde los inicios de la Corte cuando se trató el tema de los crímenes que perseguiría la Fiscalía (y de los que no perseguiría)²⁸⁵. De la misma forma, factores externos como la afectación de procesos de paz han servido para que parte de la doctrina considere que la Corte no debería siquiera investigar la situación del conflicto palestino-israelí²⁸⁶.

Y, si bien se contempla como factor los intereses de las víctimas, aquello no es, de ninguna forma, suficiente, por tres razones principales. En primer lugar, porque obliga - implícitamente- a las víctimas a ejercer cierta presión para obtener justicia, las cuales muy probablemente se encontrarán en una situación devastadora en la cual simplemente ello no resulta posible. En segundo lugar, porque como parte de los intereses de las víctimas, el Reglamento de la Fiscalía menciona su protección y seguridad, señalado que el Fiscal puede no iniciar una investigación si estima que, haciéndolo, podrían verse afectadas negativamente²⁸⁷, sin dejar claro en qué casos ello ocurriría ni qué pasaría con la voluntad de las víctimas. En último lugar, porque muchas veces las víctimas han sido utilizadas

²⁸² CÁRDENAS. Op. Cit., p. 39.

²⁸³ Ibid., p. 39.

²⁸⁴ FOULADVAND, S. Complementarity and Cultural Sensitivity: Decision-Making by the ICC Prosecutor in the Darfur Situation. En: *International Criminal Law Review*. 2014, no. 14, p. 1028-1066.

²⁸⁵ HALL, C. The Powers and Role of the Prosecutor of the International Criminal Court in the Global Fight against Impunity. En: *Leiden Journal of International Law*. 2004, no. 14, pp. 121-139.

²⁸⁶ CHRISTIAN. Op. Cit., p. 277.

²⁸⁷ OTP (2014). Op. Cit., p. 35.

únicamente para legitimar fines políticos externos a la Corte²⁸⁸, siendo posible incluso hablar de una “construcción de víctimas”²⁸⁹, lo cual demuestra la posibilidad de que ello se repita para no iniciar investigaciones o no proseguir dichas investigaciones.

En ese sentido, las situaciones revisadas demuestran que, incluso en la actualidad, el estatus procesal de las víctimas (especialmente las víctimas de violencia sexual y de género, como se verá más adelante) son más teóricos que prácticos. En la práctica se siguen cometiendo errores importantes que merman e impiden concretar los avances que la misma Corte se ha impuesto para mejorar el rol de las víctimas en el sistema penal internacional, y hay muchos puntos riesgosos que pueden llevar a la Corte a fracasar en este ámbito.

El conflicto entre Palestina e Israel es altamente ilustrativo en tanto permite observar que esta institución procesal, por un lado, puede afectar profundamente los intereses de las víctimas y, por otro lado, permite proteger los intereses de países poderosos.

5.2.1 Sobre la posibilidad de no iniciar investigaciones por el interés de la justicia

Resueltas ya las cuestiones sobre si Palestina puede acceder o no al Estatuto de Roma y, consecuentemente, a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, y sobre si procede o no que la Corte ejerza jurisdicción teniendo en cuenta el principio de complementariedad que rige su actuar, corresponde tratar la posibilidad de que el Fiscal de la CPI decida no investigar o no acusar a los posibles responsables de crímenes que se habrían cometido en virtud del “interés de la justicia”, y analizar la repercusión que ello podría tener en la situación de las víctimas, quienes han participado activamente en el proceso preliminar ante la Corte²⁹⁰.

Así, el artículo 53 del Estatuto de Roma se refiere al inicio de la investigación y ordena al Fiscal, en base a la información disponible, iniciar las investigaciones salvo que determine que no hay base suficiente para proseguir la investigación. Al momento de tomar tal decisión, debe considerar si: 1) la información disponible entrega una base razonable para

²⁸⁸ HASLAM, E. y EDMUNDS, R. Victim Participation, Politics and the Construction of Victims at the ICC: Reflections on the Proceedings in Banda and Jerbo. En: *Melbourne Journal of International Law*. 2013, no. 14, pp. 727-747.

²⁸⁹ Ibid., p. 729.

²⁹⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC). 2018. Public redacted version of “Registry’s Initial Report on Information and Outreach Activities Concerning Victims and Affected Communities in the Situation in the State of Palestine” – Pre-Trial Chamber. [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf>> [consulta: 13 diciembre 2018]

creer que crímenes que se encuentran bajo la jurisdicción de la Corte han sido cometidos o no, 2) el caso es o sería admisible en virtud del artículo 17 (que se refiere a los asuntos de admisibilidad) y 3) existen razones sustanciales para creer que la investigación no sería “útil” a los intereses de la justicia, aun tomando en cuenta los intereses de las víctimas y la gravedad de los crímenes²⁹¹. Entonces, es posible apreciar que se presume que las investigaciones iniciadas por el Fiscal persiguen el interés de la justicia, siendo excepcional que ello no ocurra²⁹². Por lo mismo, al tratarse de una excepción, la posibilidad de no iniciar o seguir investigaciones por el interés de la justicia debe ser una cuestión que se interprete de manera restrictiva, tal como lo señalaba el primer fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo en el Reglamento Interno correspondiente.

Ahora bien, debe reconocerse que la facultad en cuestión queda dentro de la órbita de discrecionalidad del Fiscal²⁹³ (más allá de que la decisión puede ser revisada por la Sala de Asuntos Preliminares de oficio o a petición de una parte que haya referido el asunto a la Corte²⁹⁴) y, por lo mismo, fiscales posteriores pueden tener una visión distinta sobre la forma en que debe entenderse el “interés de la justicia”²⁹⁵, lo cual se reconoce en el Reglamento Interno²⁹⁶. Así, por ejemplo, si bien en el Reglamento Interno de Moreno Ocampo señalaba que era necesario interpretar de manera restrictiva el “interés de la justicia” y, por lo mismo, que una investigación pudiese interferir procesos de paz no se encontraba dentro de lo que se considera “interés de la justicia”²⁹⁷ (por lo que esto no sería razón suficiente para no iniciar o seguir una investigación), la actual fiscal, Fatou Bensouda, podría interpretar el “interés de la justicia” de manera amplia y considerar que la interferencia negativa de las investigaciones en un proceso de paz sí constituyen una razón suficiente para estimar que tal investigación no es recomendable en virtud del interés de la justicia. En efecto, esa es la utilidad de haber ocupado una expresión amplia²⁹⁸.

²⁹¹ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 53.

²⁹² KELLER, L. Comparing the "Interests of Justice": What the International Criminal Court Can Learn from New York Law. En: *Washington University Global Studies Law Review*. 2013, no. 12, pp. 1-39.

²⁹³ *Ibid.*, p. 2.

²⁹⁴ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 53.

²⁹⁵ CHRISTIAN. Op. Cit., p. 276.

²⁹⁶ OTP (2007). Op. Cit., p. 1.

²⁹⁷ CHRISTIAN. Op. Cit., p. 277.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 281.

Esto es lo que proponían diversos académicos en relación al conflicto palestino-israelí²⁹⁹: la Fiscal Bensouda no debería iniciar investigaciones en contra de soldados israelíes por cuanto ello haría que Israel detuviese, de manera inmediata, todos los diálogos que se enmarcan en el proceso de pacificación del conflicto³⁰⁰. De hecho, cuando Palestina accedió a la jurisdicción de la Corte, Israel congeló todos los ingresos fiscales que recibe en nombre de Palestina, los cuales alcanzaban más de dos tercios del presupuesto mensual de palestina, amenazó con aumentar los territorios palestinos bajo ocupación israelí³⁰¹ y terminar con todas las negociaciones de paz. Esto demostraría que cualquier investigación que llevase adelante el Fiscal de la CPI conllevaría un empeoramiento de la situación y truncaría el proceso de paz.

Sin embargo, una interpretación del principio de interés de la justicia que implique acoger y legitimar las vías de hecho es totalmente contraria al espíritu de la Corte Penal Internacional. Si bien es cierto que en el derecho internacional se rige, principalmente, por las fuerzas políticas, el sistema de tribunales internacionales se ha creado con la intención de cambiar esa situación y generar una suerte de estado de derecho en el plano internacional³⁰². El principio de interés de la justicia, como una institución excepcional que permite al fiscal de la Corte no investigar a pesar de que el caso sea admisible y de que hay evidencia suficiente para considerar que crímenes graves sí fueron perpetrados³⁰³, debe ser interpretado no sólo restrictivamente³⁰⁴, sino también de manera que dicha institución no se transforme en una herramienta para que países hegemónicos bloqueen las legítimas investigaciones del Fiscal de la CPI y su eventual jurisdicción.

Por lo demás, dicha afirmación se robustece si se considera que Israel nunca ha tenido intenciones reales y palpables de llegar a un acuerdo de paz y terminar con la ocupación en

²⁹⁹ Véase: KING, E. Does Justice Always Require Prosecution? The International Criminal Court and Transitional Justice Measures. En: *George Washington International Law Review*. 2013, no. 45, pp. 85-120 y MNOOKIN, R. Rethinking the Tension Between Peace and Justice: the International Criminal Court Prosecutor as Diplomat. En: *Harvard Negotiation Law Review*. 2012, no. 18, pp. 12-21.

³⁰⁰ CHRISTIAN. Op. Cit., p. 303.

³⁰¹ Ibid., p. 283.

³⁰² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 2019. International Courts and Tribunals and the Rule of Law [en línea] <<https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/international-law-courts-tribunals/international-courts-and-tribunals/>> [consulta: 02 mayo 2019]

³⁰³ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 53.

³⁰⁴ STAHN, C. y VAN DEN HERIK, L. *Future Perspectives on International Criminal Justice*. La Haya: T.M.C. Asser Press, 2010. 800p.

territorio palestino³⁰⁵, lo cual es abiertamente contrario a derecho internacional³⁰⁶. Es más, la situación entre Israel y Palestina ha empeorado, habiendo continuado la expansión de los asentamientos en territorio palestino³⁰⁷, sin que la situación haya sido siquiera investigada oficialmente por la CPI³⁰⁸. La situación sería distinta si las negociaciones para llegar a un acuerdo de paz fuesen concretas y estuviesen en una fase avanzada: así, por ejemplo, hubiese sido razonable que el fiscal Moreno Ocampo se hubiese amparado en el principio de interés de la justicia para abandonar o suspender las investigaciones en Uganda, cuando los acuerdos estaban preparados para ser firmados y Joseph Kony, el líder del ERS³⁰⁹, solicitaba como única condición para firmar que se le asegurara que no sería perseguido por la CPI³¹⁰. En un caso como este, es posible utilizar el principio de interés de la justicia para detener las investigaciones en muchas ocasiones, especialmente si, para las víctimas, la paz va antes que la justicia³¹¹. Pero en el conflicto palestino-israelí, la acción de la CPI puede ser la única forma en que las víctimas vean un atisbo de justicia³¹².

Así, la interpretación hecha por el fiscal Moreno Ocampo en el Reglamento Interno parece ser suficiente para evitar que el principio de interés de la justicia se convierta en una herramienta que se utilice sin perspectiva interseccional; sin embargo, es esencial que el actuar de la fiscal Bensouda y futuras o futuros fiscales mantengan dicha interpretación restrictiva y no permitan que aquel sea instrumentalizado según los intereses de los países hegemónicos.

³⁰⁵ RIZVI, H. 2019. An insider's view: 'Israeli-Palestinian negotiations are a waste of time' [en línea] <<https://newint.org/features/2019/02/07/insiders-view-israeli-palestinian-negotiations-are-waste-time>> [consulta: 02 mayo 2019]

³⁰⁶ AL-AHRAM WEEKLY ONLINE. 16-22 August 2001, Boletín No. 547. Entrevista a Nabil Elaraby [en línea] <<http://weekly.ahram.org.eg/Archive/2001/547/index.htm>> [consulta: 02 mayo 2019]

³⁰⁷ IBISH, H. 2018. May is likely to be an ugly month in Gaza [en línea] <<https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-04-04/israel-palestine-gaza-violence-is-about-to-get-worse>> [consulta: 02 mayo 2019]

³⁰⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Preliminary Examination on Palestine [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/palestine>> [consulta: 02 mayo 2019]

³⁰⁹ En este caso, el Gobierno de Uganda y el Ejército de Resistencia del Señor, liderado por Joseph Kony, habían llegado a acuerdos después de 20 años de guerra civil. Sin embargo, el Gobierno de Uganda había enviado a la Corte Penal Internacional para que quienes hubiesen perpetrado crímenes de guerra fuesen investigados y procesados. Al llegar a acuerdos con Kony y otros líderes del ERS, el Gobierno ugandés solicitó a la Corte que dejase de investigar, basándose en la utilización de sistemas de justicia transicional y la necesidad de terminar con el conflicto. Véase: CASTILLO, P. The ICC in Northern Uganda: Peace First, Justice Later. En: *Eyes on the ICC*. 2005, no. 2, pp. 17-32.

³¹⁰ GREENAWALT, A. Complementarity in Crisis: Uganda, Alternative Justice, and the International Criminal Court. En: *Virginia Journal of International Law*. 2009, no. 50, pp. 107-162.

³¹¹ *Ibid.*, p. 116.

³¹² WORSTER. *Op. Cit.*, p. 1162.

5.3 *Decision making* y la composición orgánica de la Corte Penal Internacional

Es usual escuchar en diferentes Escuelas de Derecho -especialmente en países de tradición continental- que el juez, al juzgar, lo hace imparcialmente³¹³; sólo aplica la ley y sus interpretaciones están guiadas por lo que señala la ley, siendo siempre neutral. Así, sus decisiones no estarían influenciadas por sus valores y opiniones, por lo que el proceso de toma de decisiones sería plenamente racional e imparcial. Lo mismo puede predicarse de los jueces que toman decisiones en la Corte Penal Internacional y de otros tribunales internacionales, como los tribunales especiales de Ruanda, de la Ex Yugoslavia y de Sierra Leona.

Sin embargo, actualmente se reconoce que ello no es del todo cierto: cuando juzgan, los jueces sí se ven influenciados por distintos valores y aspectos, entre ellos, el género. Lo anterior cuenta con más reconocimiento en países cuya tradición jurídica es el *common law*³¹⁴ (lo cual se debe, en gran parte, a que las teorías críticas del derecho son, en su mayoría, anglosajonas, y es ahí donde se han desarrollado de manera más completa), pues en los países que se encuentran bajo el alero del derecho continental la pretensión de imparcialidad es más fuerte y señalar que el género o la raza influyen a la hora de juzgar sigue siendo un tabú³¹⁵. Esto ocurre, principalmente, porque la toma de decisiones finales por parte del juez es fruto de elecciones ético-políticas que él mismo realiza.³¹⁶, más allá de que suela señalarse que aquella es únicamente consecuencia de una exegesis racional de un ordenamiento³¹⁷. Estas elecciones ético-políticas pueden devenir de diferentes puntos de vista sobre ámbitos raciales, de género, religiosos u otros, y resulta evidente que, en la generalidad de los casos, esos puntos de vista guardan estrecha relación con las características de una persona. Así, por ejemplo, no resulta extraño que en Estados Unidos los jueces de raza blanca tiendan,

³¹³ BORDALÍ, A. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 2009, no. 33, pp. 263-302.

³¹⁴ KENNEDY, D. Notas sobre la historia de los CLS en los Estados Unidos. En: *Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 1992, no. 11, pp. 283-293.

³¹⁵ SCHULTZ, U. y SHAW, G. *Gender and Judging*. Oxford: Bloomsbury, 2013. Citado en: BLIZZARD, T. Book Review: *Gender and Judging*. En: *Hastings Women's Law Journal*. 2014, p. 6 (cita 15).

³¹⁶ NÚÑEZ, A. Teorías Críticas del Derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica. En: *Anuario de la Filosofía del Derecho*. 2010, no 26, pp. 413-434.

³¹⁷ GARRIDO, M. La predecibilidad de las decisiones judiciales. En: *Revista Ius et Praxis*. 2009, no 15 (1), pp. 55-72.

estadísticamente, a encontrar culpables a más personas de raza negra que de raza blanca³¹⁸. Por su parte, en Israel y Palestina se ha demostrado que los jueces judíos tienden a fallar a favor de judíos, mientras que los jueces árabes, a favor de ciudadanos árabes³¹⁹, siendo factible concluir que la etnia juega un rol esencial, especialmente en los procesos penales³²⁰.

Asimismo, en el ámbito internacional, no resulta extraño que sean generalmente las juezas quienes indagan especialmente sobre violencia de género y sexual (como ocurrió en el caso Akayesu, ya señalado), ya sea solicitando directamente al fiscal que investigue estos crímenes o interrogando a los testigos sobre eventuales casos de violencia sexual³²¹.

Por todo lo anterior, una vez que se reconoce que la toma de decisiones por parte de los jueces a la hora de resolver un caso no es imparcial, resulta esencial asegurar una composición orgánica equitativa en los tribunales, en tanto exista representación de distintos géneros, razas, religiones, etnias, etc³²². Los tribunales internacionales que ejerzan jurisdicción universal deben preocuparse especialmente de aquello, pues deberán juzgar a personas muy diversas, y ello puede resultar problemático. Piénsese, por ejemplo, en el Tribunal de Derechos Humanos Europeo (en adelante, TEDH), el cual ha dictado sentencias abiertamente anti-musulmanas y con una evidente falta de perspectiva de género³²³, lo cual puede explicarse, en parte, por la homogeneidad de los jueces que lo componen.

Así, entonces, el reconocimiento de dichas motivaciones personales ha venido a destapar una realidad, lo que a su vez ha permitido mejorar varios aspectos de la misma. Por ejemplo, el Estatuto de Roma establece, en su art. 36 (8) (III), que debe tenerse presente la representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres al momento de escogerlos³²⁴. Dicha norma no es sino un reconocimiento a la importancia del género al juzgar y tomar decisiones, lo cual es, a su vez, un paso importante para juzgar con perspectiva de género.

³¹⁸ STEFFENSMEIER, D. y BRITT, C. Judges' Race and Judicial Decision Making: Do Black Judges Sentence Differently?. En: *Social Science Quarterly*. 2001, no. 82, pp. 749-764.

³¹⁹ SHAYO, M. y ZUSSMAN, A. Judicial Ingroup Bias in the Shadow of Terrorism. En: *Quarterly Journal of Economics*. 2010, no. 126, pp. 1447-1484.

³²⁰ EPSTEIN, L. Some Thoughts on the Study of Judicial Behavior. En: *William and Mary Law Review*. 2017, no. 57, pp. 2017-2073.

³²¹ COPELON. Op. Cit., p. 219.

³²² SHELTON. Op. Cit., p. 37.

³²³ LANGLAUDE, S. Indoctrination, Secularism, Religious Liberty and the ECHR. En: *International and Comparative Law Quarterly*. 2006, no. 55, pp. 929-944.

³²⁴ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 36 (8) (III).

Ahora bien, la equidad numérica de jueces hombres y mujeres no asegura juzgar con perspectiva de género. Juzgar con perspectiva de género implica tomar en cuenta los efectos que tiene cada institución en hombres y mujeres y en sus relaciones, y si dichas instituciones tienden a la igualdad³²⁵ y, ciertamente, la mayor presencia de juezas no asegura lo anterior. Sin embargo, es posible afirmar que la mayor presencia de juezas sí ayuda a juzgar con perspectiva de género: las diferencias en la forma de juzgar se verían mientras mayor sea la presencia de juezas³²⁶.

Anteriormente se mencionaba la norma que establece la representación equitativa como directriz en la elección de magistrados de la CPI. Dicha norma puede considerarse fruto de la experiencia de los Tribunales Penales Especiales de los 90', en los cuales hay casos emblemáticos donde se demuestra la importancia de juzgar con perspectiva de género y la forma en que la presencia de juezas ayuda a dicho objetivo (en: 3.4 Casos emblemáticos y su posibilidad de establecer precedentes).

Uno de estos casos se dio en el Tribunal Penal Especial para Ruanda. Dos mujeres habían sido llamadas a testificar sobre ciertos crímenes ocurridos en un centro de detención, crímenes entre los cuales no se encontraba el de violación, pues el fiscal no había presentado cargos por el delito de violación contra el acusado Jean-Pierre Akayesu porque, en su opinión, era imposible obtener registro y evidencia de dicho delito en tanto las mujeres no querían hablar del tema³²⁷. La única jueza de la Sala, Navanethem Pillay, les preguntó a las testigos si habían ocurrido violaciones: una de las testigos señaló que tres soldados habían violado a su hija de 6 años y que había escuchado sobre otras violaciones contra adolescentes en el centro de detención que estaba bajo el mando de Akayesu, mientras que la otra testigo indicó que ella había sido violada y que había visto a los soldados violando a otras

³²⁵ CARMONA, E. *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

³²⁶ COLLINS, P., MANNING, K. y CARP, R. Gender, Critical Mass and Judicial Decision Making. En: *Law and Policy*. 2010, no. 32 (2), pp. 260-281.

³²⁷ HUMAN RIGHTS WATCH/AFRICA, HUMAN RIGHTS WATCH WOMEN'S RIGHTS PROJECT, FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME y HUMAN RIGHTS WATCH. *Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*. Nueva York: Human Rights Watch, 1996.

mujeres³²⁸. Dos semanas después, el fiscal a cargo del caso solicitó modificar la acusación, incluyendo cargos por el delito de violación³²⁹.

Otro caso, que demuestra la importancia de juzgar con perspectiva de género, ocurrió en el Tribunal Especial para Sierra Leona, cuando el fiscal a cargo del caso Fofana solicitó modificar la acusación (antes del inicio del juicio oral) e incluir cuatro nuevos crímenes, todos relativos a crímenes de violencia sexual³³⁰. La Sala del Juicio Oral rechazó la solicitud basándose en que ésta implicaría un retraso indebido y un abuso del proceso. El fiscal apeló a la decisión señalando que no formuló la acusación por dichos cargos desde un principio pues no contaba con evidencia sólida de crímenes de violencia de género antes, pero la Sala de Apelaciones confirmó el fallo³³¹. En su opinión disidente, el juez Bounet señaló que, para decidir este caso, debía tenerse en cuenta que la posibilidad de asegurar evidencia sobre crímenes de violencia sexual tarda más que para otro tipo de crímenes³³².

Al ser la reformulación de cargos y la posibilidad de cambiar la calificación legal de los hechos que se encuentran probados (institución propia de la tradición jurídica continental)³³³ un punto fundamental en que puede observarse la importancia de juzgar con perspectiva de género, se tratará en el acápite siguiente la regulación del Estatuto de Roma al respecto, con el objetivo de corroborar si la experiencia señalada influyó o no al momento de crear la Corte Penal Internacional.

Por lo demás, los casos anteriores demuestran que, si bien es necesario contar con juezas mujeres para que se juzgue con perspectiva de género; no sólo las mujeres juzgan con perspectiva de género. A fin de cuentas, lo primordial debe ser asegurar que se tengan en cuenta los efectos que tienen ciertas instituciones sobre hombres y mujeres (por ejemplo, las dificultades probatorias propias de los crímenes de violencia sexual y la institución que prohíbe la modificación de la acusación transcurrido cierto plazo).

³²⁸ RHONDA, C. Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International. En: *McGill Law Journal*. 2000, no. 46, pp. 217-240.

³²⁹ *Ibid.*, p. 225.

³³⁰ *The Prosecutor v. Norman et al.* [2004] SCSL SCSL-04-14-PT (Tribunal Especial para Sierra Leona), Decision on Prosecution Request for Leave to Amend the Indictment.

³³¹ OOSTERVELD, V. Lessons from the Special Court for Sierra Leone on the Prosecution of Gender-Based Crimes. En: *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*. 2009, no. 17(2), pp. 407-430.

³³² *Ibid.*, p. 423.

³³³ DASTUGUE, M. The Faults in Fair Trials: An Evaluation of Regulation 55 at the International Criminal Court. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2015, no. 48, pp. 273-306.

Al juzgar con perspectiva de género, hay más posibilidades de alcanzar justicia, pues se toman en cuenta todos los efectos de una decisión y se dejan atrás las ficciones de imparcialidad y neutralidad que, históricamente, han ignorado los diferentes efectos de una misma decisión.

5.4 Reformulación de cargos, cambios en la calificación legal de los hechos y perspectiva de género en el Estatuto de Roma

La posibilidad de reformular cargos en las diversas etapas del procedimiento ante la Corte Penal Internacional resulta esencial para proteger, debidamente, los intereses de las víctimas y la búsqueda de la verdad³³⁴, porque repercute de manera especial en los casos en que la obtención de evidencia es de mayor complejidad. Así, es esencial que el Fiscal pueda reformular la acusación y agregar cargos por nuevos delitos, al menos, hasta antes del inicio del juicio; y así se encuentra plasmado en el Estatuto de Roma, en el artículo 61. Por lo demás, ello resulta congruente con la posibilidad de que el fiscal siga investigando durante todo el juicio, y especialmente, durante toda la fase preliminar del juicio³³⁵ (“*pre trial phase*”), fase en la que, además, podrá conocer parte importante de la evidencia exculpatoria que utilizará la defensa en el juicio producto de las obligaciones de *disclosure inter partes*³³⁶, lo cual implica, al menos en teoría, que contará con nueva información en que podrá sustentar cargos diferentes.

Así, por ejemplo, teniendo la posibilidad de examinar a los testigos de que se valdrá la defensa en el juicio³³⁷, podría conocer de la existencia de nuevos delitos en los que participó la persona investigada o acusada (en caso de que se hayan confirmado los cargos). Asimismo, podría ocurrir que una o más víctimas, que hasta ese momento no hubiesen podido acceder a la Corte (ya sea por razones geográficas o de comunicación remota), entreguen información sobre delitos que no se encontraban en conocimiento del Fiscal³³⁸, lo cual es bastante probable si se consideran las condiciones de quienes son víctimas de los delitos que puede conocer la CPI.

³³⁴ AMBOS, K. y MILLER, D. Structure and Function of the Confirmation Procedure before the ICC from a Comparative Perspective. En: *International Criminal Law Review*. 2007, no. 7, pp. 335-360.

³³⁵ Ibid, p. 339.

³³⁶ Ibid., p. 341.

³³⁷ DE BROUWER, A. M. The Problem of Witness Interference before International Criminal Tribunals. En: *International Criminal Law Review*. 2015, no. 15, pp. 700-732.

³³⁸ Ibid., p. 716.

Por ello, el Estatuto de Roma permite al Fiscal agregar y/o cambiar cargos libremente hasta la audiencia de confirmación (cual es la primera audiencia del procedimiento, con la que se cierra la etapa preliminar y que se encuentra marcada por la comparecencia de la persona investigada ante la Corte), siempre que notifique a la defensa de dichos cambios con tiempo razonable antes de la audiencia³³⁹. En cambio, para descartar cargos (“*withdrawal*”), deberá necesariamente informar los fundamentos de tal decisión a la Sala de Cuestiones Preliminares³⁴⁰, lo cual refleja los controles a los que se sujeta la actividad del Fiscal. Además, las víctimas también podrán presentar su postura ante el Fiscal y ante la Sala de Cuestiones Preliminares³⁴¹, lo cual representa una salvaguardia de sus intereses.

Ahora bien, según lo prescrito en el art. 61 (9) del Estatuto, el Fiscal también podrá modificar los cargos después de que aquellos fuesen confirmados, mediante un documento de enmienda (“*amendment*”), el cual deberá notificar al acusado, requiriendo, además, la aprobación de la Sala de Cuestiones Preliminares³⁴². De todas formas, si las modificaciones implican que se agregarán nuevos cargos o se cambiará la calificación de los cargos a otros más gravosos, necesariamente se citará a una nueva audiencia, para resguardar los derechos del acusado³⁴³.

Este sistema de modificación de cargos no es extraño en los procesos penales internacionales; al contrario, se encontraba presente –con variaciones muy leves– en los antiguos tribunales penales internacionales de Ruanda y la Ex Yugoslavia³⁴⁴. Lo más novedoso es la supervisión y el control que puede ejercer la Corte, a través de la Sala de Cuestiones Preliminares, sobre las decisiones del Fiscal³⁴⁵, lo cual debiese tender a resguardar los derechos de las víctimas, quienes también tienen, al menos, voz durante todo el proceso. De todas formas, es necesario que el Fiscal y la Sala de Cuestiones Preliminares desarrollen sus tareas con perspectiva interseccional para asegurar resultados satisfactorios, evitando que se produzcan situaciones como la de Sierra Leona, ya explicada.

³³⁹ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 61.

³⁴⁰ Ibid.

³⁴¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Rules of Procedure and Evidence [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf>>[consulta: 02 junio 2019]

³⁴² ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 61.

³⁴³ Ibid.

³⁴⁴ AMBOS y MILLER. Op. Cit., p. 336.

³⁴⁵ Ibid., p. 341.

Todo lo anterior guarda relación con las facultades del fiscal al momento de formular (y reformular) los cargos. Sin embargo, también es posible que sea la propia Corte la que reformule los cargos mediante el cambio de calificación legal de los hechos³⁴⁶. Si bien esto no es extraño a las tradiciones jurídicas del *civil law*³⁴⁷, siendo una representación del principio *iura novit curia* que no se había visto reflejado en los Reglamentos de los antiguos tribunales penales especiales (aunque sí había sido aplicado por la jurisprudencia en el Tribunal Penal Especial para la Ex Yugoslavia)³⁴⁸, lo cual es de toda lógica si se considera que aquellos plasmaban de manera casi exclusiva la tradición del *common law*.

Así, entonces, de acuerdo al art. 55 de las Reglas sobre Evidencia y Procedimiento de la CPI, la Corte podrá cambiar la calificación jurídica de los hechos, *proprio muto*, en cualquier momento del procedimiento (incluso después de la audiencia de juicio), siempre que se resguarden los derechos del acusado³⁴⁹. Esto implica que, sobre la base de la evidencia presentada por las partes para probar un determinado crimen y un determinado grado de participación, la Corte puede condenar al acusado por crímenes que no fueron imputados por el Fiscal y sobre los cuales el acusado no recolectó evidencia potencialmente exculpatória³⁵⁰. No hay, por su parte, restricciones sobre la gravedad de los crímenes o grados de participación; es decir, puede cambiarse la calificación de los hechos a crímenes o formas de participación más gravosas³⁵¹.

Si bien esta situación ha sido fuertemente criticada, especialmente por juristas anglosajones³⁵² por cuanto afectaría directamente el derecho a la defensa del acusado, es posible justificarla si se considera uno de los objetivos principales de la Corte: acabar con la impunidad de los crímenes más horrorosos de la humanidad³⁵³. Si de la evidencia presentada por las partes no es posible sostener que los crímenes alegados por el Fiscal fueron cometidos más allá de toda duda razonable, pero sí que otros crímenes lo fueron, es menester que la Corte pueda condenar al culpable de todas formas³⁵⁴, no quedando obligada por la calificación jurídica hecha por las partes. Si se toman los resguardos necesarios (que, por lo demás, contempla expresamente el art. 55) para asegurar que el acusado tenga la posibilidad

³⁴⁶ DASTUGUE. Op. Cit., p. 283.

³⁴⁷ Ibid., p. 284.

³⁴⁸ Ibid., p. 285.

³⁴⁹ RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE. Op. Cit., art. 55.

³⁵⁰ DASTUGUE. Op. Cit., p. 293.

³⁵¹ RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE. Op. Cit., art. 55.

³⁵² DASTUGUE. Op. Cit., p. 293.

³⁵³ AMBOS y MILLER. Op. Cit., p. 360.

³⁵⁴ Ibid.

de defenderse adecuadamente, entonces no puede negarse la existencia de un debido proceso, el cual, por lo demás, debe existir para todas las partes del proceso, incluidas las víctimas, quienes, de otra forma, verían a un culpable de crímenes de lesa humanidad ser absuelto no por falta de pruebas, sino por una errónea calificación jurídica de los hechos formulada por el Fiscal.

6. Las partes del proceso, las reglas de prueba y el debido proceso ante la Corte Penal Internacional

Si se observan los primeros tribunales penales internacionales, como el Tribunal Militar de Nuremberg y los Tribunales de Tokio, resulta claro que en aquellos el debido proceso no era una preocupación principal. En realidad, no sólo había una concepción distinta de lo que constituye un debido proceso en aquella época³⁵⁵, sino que los objetivos que se buscaban mediante la instauración de aquellos tribunales eran distintos, por lo que los derechos del acusado se encontraban considerablemente más limitados³⁵⁶.

Después de casi 50 años, fue necesario crear nuevos tribunales especiales atendidas las guerras ocurridas en Ruanda, Yugoslavia, Camboya (aunque éste, finalmente nunca se creó), el Líbano y Sierra Leona. Estos nuevos tribunales *ad hoc*, especialmente los de Ruanda y la Ex Yugoslavia, demostraron una preocupación mucho mayor por los derechos de los investigados/acusados, no sólo porque las concepciones sobre los estándares mínimos que deben asegurarse para tener un debido proceso habían aumentado³⁵⁷, sino también porque se entendía que la legitimidad de estos tribunales dependía, en gran parte, de poder balancear correctamente la búsqueda de verdad y justicia y los derechos de los acusados³⁵⁸.

Por lo mismo, en los Estatutos de aquellos tribunales se contemplaban expresamente derechos de los acusados/investigados, cumpliendo la difícil tarea de crear un sistema que permitiera juzgar a los criminales de guerra a través de un juicio justo³⁵⁹. Por ende, los creadores del Estatuto de Roma se veían obligados no sólo a respetar aquellos avances como un “piso mínimo”, sino a continuarlos y profundizarlos. Así, el Estatuto de la CPI consagra

³⁵⁵ BERGER, M. The Right to Silence in the Hague International Criminal Courts. En: *University of San Francisco Law Review*. 2012, no. 47, pp. 1-54.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 13.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 16.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 45.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 16.

derechos de manera bastante más detallada que los Estatutos del Tribunal Penal para Ruanda y del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia: consagra derechos no sólo para los acusados, sino para todas las personas que se encuentren de una u otra forma afectadas por investigaciones del tribunal³⁶⁰, recalca que todas sus actuaciones se llevan a cabo respetando las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas³⁶¹ y ahonda en tres puntos esenciales: 1) las reglas sobre revelación de prueba o *disclosure* y sus posibles excepciones, 2) el derecho a guardar silencio tanto del imputado como de los testigos y 3) la exclusión de toda prueba que se obtenga con violación no sólo de las normas del Estatuto sobre prueba, sino también de las normas de derechos humanos.

La importancia de tales cuestiones en relación al debido proceso (tanto para el investigado/acusado como para los testigos y las víctimas) es fundamental, por lo que las secciones siguientes se referirán a cada una de ellas.

6.1 Reglas sobre *disclosure* y la protección de testigos y víctimas

En más de una ocasión se ha señalado que en el Estatuto de Roma se plasmó un Fiscal que sigue, en general, el modelo del *civil law*³⁶², por cuanto él o ella no sería sólo la contraparte de la defensa en el proceso, sino que su labor investigativa debe llevarse a cabo con objetividad, es decir, debe recoger toda la evidencia posible, tanto la inculpatoria como la exculpatoria, puesto que su objetivo principal debe ser la búsqueda de la verdad³⁶³. Ello es de toda lógica, ya que los poderes investigativos del Fiscal de la CPI exceden de manera importante la capacidad investigativa que puede tener la defensa particular de un acusado, y si ello no se tuviese en cuenta, se vulneraría el principio de igualdad de armas que debe encontrarse presente en un debido proceso³⁶⁴.

Así, para que este sistema cumpliera sus objetivos, se crearon los deberes de revelación de evidencia entre las partes o *disclosure*, que se encuentra regulado en los artículos 54(3)

³⁶⁰ Ibid., p. 45.

³⁶¹ ESTATUTO DE ROMA. Art. 21.

³⁶² SCHEFFER, D. A Review of the Experiences of the Pre-Trial and Appeals Chambers of the International Criminal Court Regarding the Disclosure of Evidence. En: *Leiden Journal of International Law*. 2008, no. 21, pp. 151-163.

³⁶³ KUSCHNIK, B. International Criminal Due Process in the Making: New Tendencies in the Law of Non-Disclosure in the Proceedings before the ICC. En: *International Law Review*. 2009, no. 9, pp. 157-185.

³⁶⁴ Ibid., p. 159.

párrafos (e) y (f), 64(3) párrafo (c), 67 y 68 del Estatuto de Roma y, más específicamente, en el Título 4, sección 2 de las Reglas de Procedimiento y Evidencia, siendo una de las etapas más importantes de la fase previa al juicio. Ahora bien, la forma en que los deberes de *disclosure* funcionan caso a caso depende, en gran medida, de las decisiones del juez de la Sala de Asuntos Preliminares (*Pre-Trial Chamber*): si bien esta obligación afecta en mayor medida al Fiscal que a la defensa, la evidencia específica que deberá revelarse entre las partes, y la que queda excluida de tal obligación, dependerá de la decisión del Juez³⁶⁵.

Por regla general, el Fiscal se encuentra obligado a entregar a la defensa toda la evidencia que sea, o exculpatoria, o que sirva para preparar la defensa del acusado³⁶⁶. Por su parte, la defensa del acusado sólo se encuentra obligada a revelar la evidencia exculpatoria, pero jamás la inculpatoria³⁶⁷, puesto que eso vulneraría su derecho a la no autoincriminación (lo que se verá específicamente en la sección siguiente). Por su parte, el Fiscal tampoco tiene un deber de *disclosure* respecto de toda la evidencia inculpatoria, pudiendo guardar, de manera estratégica, pruebas fuertes que busquen sorprender a la defensa (conocido, en los países anglosajones, como un “*smoking gun*”)³⁶⁸.

Ahora bien, hay ciertas reglas que regulan la posibilidad de *non disclosure* respecto de cierta evidencia del Fiscal, es decir, que permiten que ciertas pruebas que están sujetas a la obligación de ser reveladas, no lo sean por motivos calificados³⁶⁹. Si bien esta posibilidad de excluir evidencia de los deberes de revelación entre partes afecta también la prueba documental/instrumental, los casos de *non disclosure* alcanzan mayor relevancia respecto de la prueba de testigos (especialmente cuando los testigos son también víctimas), pudiendo incluso, como medida de excepcional, no revelarse la identidad de la víctima a la defensa³⁷⁰.

La posibilidad de no revelar la identidad de los testigos a la defensa, como una medida de protección para aquellos, es una cuestión que se ha discutido en diversos sistemas de corte acusatorio³⁷¹, por cuanto genera tensiones entre la necesidad de protección a las víctimas,

³⁶⁵ AMBOS y Miller. Op. Cit., p. 343.

³⁶⁶ KUSCHNIK. Op. Cit., p. 159.

³⁶⁷ AMBOS y Miller. Op. Cit., p. 343.

³⁶⁸ Ibid., p. 344.

³⁶⁹ Ibid., p. 341.

³⁷⁰ WELCH et al. Op. Cit., p. 36.

³⁷¹ Ibid., p. 31.

por un lado, y el derecho a la defensa, por el otro³⁷². La pregunta sobre si es posible o no garantizar un debido proceso y mantener testigos en el anonimato respecto de la defensa, en casos calificados, ha sido altamente discutido por la doctrina³⁷³, discusión que ha alcanzado a las Cortes de Derechos Humanos, las cuales han debido pronunciarse sobre dicha posibilidad (señalando, en definitiva, que el derecho de la defensa a conocer y examinar a los testigos no es absoluto)³⁷⁴. Finalmente, el debate alcanzó a los antiguos tribunales penales especiales, cuyos jueces, a falta de regulaciones claras, debieron crear criterios para decidir los casos en que era admisible tal excepción a las reglas sobre *disclosure*³⁷⁵.

Por su parte, si bien ni el Estatuto de Roma ni las Reglas de Procedimiento y Evidencia de la Corte contemplan expresamente la no revelación de la identidad de los testigos o de las víctimas a la defensa, ello tampoco se encuentra prohibido³⁷⁶ (pudiendo, además, inferirse de los artículos 76(4) y 87(3) de las Reglas de Procedimiento y Evidencia en conjunto con los artículos 64(6) y 68(1) del Estatuto), y la primera jurisprudencia de la Corte (tanto de la Sala de Asuntos Preliminares como de la Sala de Apelaciones) se mostró a favor del *non disclosure* en casos calificados, en el Caso Lubanga³⁷⁷.

Así, por ejemplo, la Corte siguió, en general, los criterios que tuvo en cuenta el antiguo Tribunal Penal Especial para la Ex Yugoslavia al momento de decidir sobre la posibilidad de *non disclosure*³⁷⁸, pero la Sala de Apelaciones señaló expresamente que no es necesario que el Fiscal requiera medidas de protección a la Unidad de Víctimas y Testigos antes de solicitar la no revelación de la identidad de los testigos/víctimas³⁷⁹, lo cual reafirma que esta medida no necesariamente debe ser *ultima ratio*, sino que basta con que responda a circunstancias excepcionales y se encuentre justificada. Además, la jurisprudencia de la

³⁷² BELTZ, A. Prosecuting Rape in International Criminal Tribunals: The Need to Balance Victim's Rights with the Due Process Rights of the Accused. En: *Journal of Civil Rights and Economic Development*. 2008, no. 23, pp. 167-209.

³⁷³ Véase la discusión entre Christine Chinkin y Leigh Monroe en *American Journal of International Law* entre los años 1997 y 1998. Christine Chinkin, Chinkin, C: "Due Process and Witness Anonymity, 91 AJIL 75" y Monroe, L. "The Yugoslav Tribunal: Use of Unnamed Witnesses Against Accused", 90 AJIL 235.

³⁷⁴ VU, N. The Necessity of Maintaining Protective Measures in Balancing the Rights of Victims and the Accused. En: *Eyes on the ICC*. 2007, no. 4, pp. 23-43.

³⁷⁵ KIM, S. The Witness Protection Mechanism of Delayed Disclosure at the Ad Hoc International Criminal Tribunals. En: *Journal of East Asia and International Law*. 2016, no, 9, pp. 53-73.

³⁷⁶ WELCH *et al.* Op. Cit., p. 36.

³⁷⁷ KUSCHNIK. Op. Cit., p. 162.

³⁷⁸ Los factores que debiesen tenerse en cuenta para que el Tribunal decrete el anonimato total de los testigos respecto de la defensa son: 1) que haya una preocupación real respecto de la seguridad de los testigos o de su familia, 2) que el testimonio particular del testigo sea importante para el caso que lleva el Fiscal y 3) que la Corte considere que no hay evidencia que, prima facie, implique que el testigo no es fiable.

³⁷⁹ SCHEFFER. Op. Cit., p. 159.

Corte demuestra que los derechos de protección de los testigos y/o de las víctimas y el derecho a la defensa deben ser puestos en una balanza, pudiendo limitarse este último (aunque siempre garantizándose los estándares mínimos de un debido proceso) en favor del primero³⁸⁰, lo que deja ver que ambos derechos son esenciales para un procedimiento justo y que se encuentran, relativamente, en un plano de igualdad.

Sin embargo, la Corte ha señalado, por ejemplo, que las víctimas que se mantengan en el anonimato (por cuestiones de seguridad) no tienen los mismos derechos que aquellas que no lo hagan³⁸¹ y, por otra, parte, que el testimonio de un testigo anónimo no puede servir de base fundamental para tomar una decisión³⁸², lo cual es esencialmente problemático en los casos de violencia sexual, donde, por regla general, el o la único testigo es la misma víctima³⁸³. Una apreciación como la anterior demuestra que la Sala deberá utilizar perspectiva interseccional para evaluar los casos en que procede el *non disclosure* de la identidad de la víctima y sus efectos.

La discusión sobre la posibilidad de no revelar la identidad de los testigos, muchas veces víctimas, en la Corte Penal Internacional, debe entenderse en el contexto de los crímenes que se juzgan en aquella³⁸⁴. Asimismo, muchas veces se trata de investigaciones de conflictos en desarrollo, lo cual implica un mayor grado de inseguridad para las y los testigos, quienes después de participar en el proceso ante la Corte, deberán volver a lugares altamente riesgosos para su integridad o la de su familia. Todos estos factores deben ser apreciados por la Sala de Asuntos Preliminares al momento de tomar una decisión respecto a la exclusión de los deberes de *disclosure* respecto de las identidades de los testigos, pues de otra forma no podrá garantizarse la protección de aquellos y ello redundará en que no habrá un debido proceso, especialmente si se trata de testigos víctimas.

6.2 El principio de no autoincriminación

³⁸⁰ VU. Op. Cit., p. 38.

³⁸¹ WELCH et al. Op. Cit., p. 35.

³⁸² Ibid., p. 40.

³⁸³ THOMAS, L. 2018. The Prosecutors [Documental] Estados Unidos, ART WORKS Projects. 96 min.

³⁸⁴ DE BROUWER. Op. Cit., p. 720.

El derecho a no auto incriminarse³⁸⁵, proveniente del principio *nemo tenetur se ipsum*, se encuentra reconocido como una garantía básica del proceso penal en diversos sistemas penales nacionales, tanto del *civil law* como del *common law*³⁸⁶. De la misma forma, este ha sido reconocido de forma expresa por tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸⁷, y también en los Estatutos de los tribunales penales especiales para Ruanda y para la Ex Yugoslavia³⁸⁸, a pesar de las pretensiones de quienes rechazaban la inclusión este derecho por cuanto sería contrario a uno de los objetivos principales de estos tribunales, cual es encontrar la verdad³⁸⁹.

El Estatuto de Roma profundizó el reconocimiento del derecho a guardar silencio y no autoincriminarse, estableciendo en su artículo 55 (referido a los derechos de las personas durante una investigación):

*“1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto: a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;”*³⁹⁰.

Así, el lenguaje utilizado en el Estatuto de la CPI es más amplio que el utilizado, por ejemplo, en el Estatuto del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, por cuanto aquel otorgaba este derecho únicamente al acusado³⁹¹. Por lo demás, la letra d) del art. 55 reafirma que el derecho a no autoincriminarse se mantiene en etapas más avanzadas del proceso, específicamente cuando el Fiscal proceda a interrogar a una persona investigada cuando haya motivos suficientes para creer que aquella cometió un crimen cuya competencia corresponde a la Corte (por lo demás, dicha interrogación sólo puede llevarse a cabo en presencia del abogado defensor, salvo que la persona investigada renuncie, de manera voluntaria y expresa, a su derecho³⁹²).

³⁸⁵ Dentro del derecho a la no autoincriminación, que protege no sólo al acusado sino a todos los intervinientes de un proceso penal, se encuentra el derecho a guardar silencio, el derecho a no ser forzado a efectuar una declaración, la prohibición de obtener declaraciones del individuo a través de medios coercitivos y la prohibición de obligarlo a prestar su colaboración, entre otros.

³⁸⁶ BERGER. Op. Cit., p. 16.

³⁸⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. AG, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Asamblea General - Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999.

³⁸⁸ BERGER. Op. Cit., p. 13.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 14.

³⁹⁰ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 55.

³⁹¹ BERGER. Op. Cit., p. 22.

³⁹² ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 55.

Finalmente, el art. 67 del Estatuto, que enumera los derechos ya del acusado, reconoce el derecho a la no autoincriminación y señala expresamente que el acusado no puede ser obligado a testificar o a confesar su culpabilidad, teniendo derecho a mantenerse en silencio, sin que su silencio pueda ser considerado al momento de definir su culpabilidad o inocencia³⁹³. Esto es relevante, por cuanto en los antiguos tribunales *ad hoc* hubo varias discusiones respecto a la posibilidad de que el silencio del acusado tuviese consecuencias peyorativas, al igual que la posibilidad de testificar sin juramento previo³⁹⁴.

Hay, sin embargo, otros aspectos relevantes respecto del derecho a la no autoincriminación del acusado. Una de ellas guarda relación con las distintas reglas que otorgan efectos positivos a la cooperación de los acusados³⁹⁵, ya sea para otorgar la libertad provisional, para atenuar la culpabilidad, entre otras. En estos casos, no son claros los efectos de que el investigado/acusado decida mantenerse en silencio, por cuanto, si bien se prohíbe inferir efectos negativos del silencio del acusado, es también cierto que su silencio no constituye, de ninguna forma, cooperación. Además, debe tenerse en cuenta que el art. 55 no hace referencia alguna a las posibles consecuencias de que el individuo investigado (es decir, antes de ser formalmente acusado) decida guardar silencio³⁹⁶, por lo que los beneficios a los que pudiese optar en la fase preliminar del juicio mediante la cooperación muy posiblemente se verían afectados.

Una segunda problemática relevante se refiere a la evidencia no verbal, por ejemplo, pruebas de ADN y otras muestras biológicas, la posibilidad de solicitar extractos de escritura de la persona investigada/acusada, entre otras³⁹⁷. Si bien hay varios casos en que se ha considerado que la obtención de este tipo de pruebas implicaría una obligación al individuo de testificar contra sí mismo, incluso el Tribunal de Estrasburgo ha señalado que en ciertos casos sí resulta admisible que se obligue al individuo investigado o acusado a “entregar” tal evidencia³⁹⁸.

Separándose de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia prohibió que el Fiscal pudiese obligar al acusado a facilitar

³⁹³ Ibid., art. 67.

³⁹⁴ BERGER. Op. Cit., p. 22.

³⁹⁵ Ibid., p. 22.

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ Ibid., p. 23.

³⁹⁸ Ibid., p. 24.

evidencia no verbal (específicamente, un manuscrito)³⁹⁹, señalando que no es posible obligar al acusado a cooperar en la investigación en tanto ello podría implicar que se autoincriminara, lo cual vulnera su derecho a guardar silencio⁴⁰⁰. Si bien la Corte Penal Internacional aún no se ha pronunciado al respecto, es esperable que mantenga la línea jurisprudencial del Tribunal para la Ex Yugoslavia.

Ahora bien, es menester recordar que el derecho a la no autoincriminación protege a todos los intervinientes del caso, incluidos los testigos. En la fase preliminar al juicio, los testigos se encuentran resguardados por el mismo art. 55 del Estatuto, puesto que aquel se refiere a las personas. En cambio, en las fases posteriores del juicio, la situación es distinta: en primer lugar, de acuerdo al artículo 65 de las Reglas de Procedimiento y Evidencia, los testigos citados a declarar pueden ser obligados a entregar su testimonio mediante multas⁴⁰¹. No obstante, como excepción, los testigos pueden negarse a declarar cuando aquello pueda significar autoincriminarse, en virtud del art. 73 del Reglamento⁴⁰².

Ahora bien, para los testigos, el derecho a la no autoincriminación no es absoluto por cuanto aquel puede ser dejado sin efecto (en inglés, “*overruled*”) si la Corte (a través de la Sala correspondiente) le asegura al testigo que su testimonio será confidencial respecto del público y de cualquier Estado, y que aquel no será utilizado de manera directa o indirecta en su contra en ninguna investigación futura (salvo cuando se trate de delitos de falso testimonio y obstrucción a la justicia)⁴⁰³. Así, si el testigo comparece después de que la Sala respectiva le otorgo tal garantía, sí puede ser obligado a declarar, lo que demostraría que aquel no cuenta con un derecho ilimitado a guardar silencio, sino que se trata, más bien, de un derecho a atestiguar únicamente bajo ciertas garantías⁴⁰⁴.

Esta concepción del derecho a la no autoincriminación que tienen los testigos es, en mi opinión, apropiada por cuanto, por consideraciones prácticas, una aplicación estricta de aquel significaría un obstáculo difícil de sortear para el Fiscal, pues los procesos penales internacionales por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad dependen fundamentalmente de la evidencia que puedan aportar los testigos⁴⁰⁵. En ese sentido, una

³⁹⁹ Ibid., p. 25.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE. Op. Cit., Art. 65.

⁴⁰² Ibid., art. 73.

⁴⁰³ Ibid., art. 74.

⁴⁰⁴ AMBOS, K. The Right of Non-Self-Incrimination of Witnesses Before the ICC. En: *Leiden Journal of International Law*. 2002, no. 15, pp. 155-177.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 173.

limitación al principio *nemo tenetur se ipsum* es la única forma en que la Corte pueda cumplir con sus objetivos en tanto, para juzgar y acabar con la impunidad, se requiere la cooperación no sólo de los Estados, sino también de los individuos que presenciaron los crímenes.

Ahora bien, de cierta forma, resulta contraproducente que la Corte otorgue la impunidad como garantía respecto de los crímenes que se encuentran bajo su competencia, especialmente si se considera que estos son los crímenes más graves que conciernen a toda la comunidad internacional⁴⁰⁶. Por lo mismo, la Corte deberá evaluar, caso a caso, si vale la pena otorgar la garantía de no persecuciones futuras a una persona determinada, teniendo en cuenta el valor de su testimonio y las consecuencias que traería el otorgarle inmunidad⁴⁰⁷. *A priori*, la Corte nunca debiese otorgar inmunidad a altos mandos, porque es muy probable que hayan cometido no sólo uno, sino varios crímenes (en tanto autores intelectuales) que podrían ser perseguidos y juzgados ante la CPI.

6.3 Exclusión de prueba obtenida con vulneración de derechos

La única posibilidad de asegurar las garantías y derechos ya señalados es excluyendo la prueba que se obtenga con vulneración de aquellas, así como también con vulneración de los derechos humanos. Es por ello que el artículo 69 del Estatuto de Roma, referido a la práctica de las pruebas, señala que:

“7. No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando:

a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o

b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él”⁴⁰⁸.

Así, por ejemplo, no se admitirá que el Fiscal presente evidencia en juicio si estaba obligado a revelar el contenido de aquella a la defensa en la etapa de *disclosure* y no lo hizo. De la misma forma, no se permitirá que un testigo otorgue su testimonio en juicio si no se permitió a la defensa examinarlo, salvo que la Sala de Cuestiones Preliminares hubiese permitido su anonimato respecto de la defensa y el acusado por motivos fundados, no siendo revertida

⁴⁰⁶ Ibid., p. 174.

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 69.

dicha decisión por la Sala de Apelaciones. Finalmente, también se excluiría una confesión de la persona investigada si ella se obtuvo bajo amenaza o cualquier medida compulsiva, infringiendo su derecho a la no autoincriminación.

Sin embargo, es posible observar que la exclusión de las pruebas no se dará siempre, sino sólo en los casos que contemplan las letras a) y b) ya mencionadas. Ello sigue la línea de las Reglas de Procedimiento y Evidencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, donde se estableció que tales pruebas no serían admitidas únicamente si había dudas serias sobre su veracidad o si su obtención fue antiética y, a la vez, la admisión de tales pruebas dañase seriamente la integridad del procedimiento⁴⁰⁹.

Así, el Estatuto de Roma orienta el problema de la prueba ilícita hacia la protección, por una parte, de los derechos humanos fundamentales del acusado y, por otra parte, de la fiabilidad de la prueba que se presenta para probar la culpabilidad del imputado⁴¹⁰, entendiendo que este enfoque dual es la única forma de tener un proceso íntegro y, finalmente, legítimo. Pero, a su vez, es claro que los creadores del Estatuto entendieron que un estándar demasiado riguroso respecto de la prueba ilícita (tal como se había planteado en el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en sus inicios, donde toda la prueba que se obtuviese con vulneración directa o indirecta de los derechos humanos internacionalmente reconocidos debía ser excluida⁴¹¹) era contraproducente, no sólo por cuanto dejaba un margen de discrecionalidad demasiado escaso para los jueces al momento de evaluar el impacto de la prueba obtenida con vulneración de derechos⁴¹², sino también porque ignoraba las dificultades que se presentan al momento de conseguir evidencia en situaciones de crisis institucionales o guerras (civiles o internacionales).

Por lo demás, esta forma de enfocar el problema de obtención de prueba que vulnera los derechos humanos o los derechos contemplados en el Estatuto, que sigue una formulación propia de la tradición continental⁴¹³, tiene sentido si se considera, por un lado, que uno de los objetivos principales de la Corte es la búsqueda de la verdad y, por otro lado, que los crímenes que se juzgan ante la Corte son de tal entidad que permite inclinarse hacia un

⁴⁰⁹ BERGER. Op. Cit., p. 36.

⁴¹⁰ Ibid., p. 36.

⁴¹¹ Ibid., p. 35.

⁴¹² Ibid., p. 36.

⁴¹³ Ibid.

sistema menos garantista (lo cual no implica, de ninguna forma, que no deban respetarse los estándares mínimos de un debido proceso).

En ese sentido, este enfoque de apreciación de la prueba ilícita basado en la tradición jurídica continental otorga a los jueces, al momento de decidir si se admite o no determinada prueba, un alto margen de discrecionalidad. Si se vulnera, por ejemplo, el derecho a la privacidad del acusado, dicha prueba no será inmediatamente excluida, sin importar la entidad de la vulneración. En cambio, los jueces deberán sopesar la forma en que la admisión de dicha prueba pueda afectar el debido proceso. Y, por lo demás, no se trata de que la admisión de prueba obtenida con vulneración de derechos simplemente afecte el debido proceso, sino que debe tratarse de un perjuicio grave, lo cual deberá ser determinado por los jueces caso a caso.

Al momento de realizar esta evaluación, es necesario que los jueces lo hagan con perspectiva de género e interseccional. No basta, en ese sentido, con tener en cuenta los intereses de todos los participantes del proceso (es decir, no debe asegurarse el debido proceso únicamente para el acusado), sino que deben tenerse en cuenta los fines para los cuales se instituyó la Corte Penal Internacional. Así, por ejemplo, si un Estado entrega pruebas de ADN del imputado (lo cual implica, ciertamente, una intervención corporal del sujeto⁴¹⁴) que fue obtenida sin su consentimiento (mas sin su resistencia), las cuales demuestran la ocurrencia de crímenes de violencia sexual masivos que sean de competencia de la Corte, es esperable que la CPI tenga en cuenta los intereses de las víctimas, considerando que si no se admiten tales pruebas, aquellas deberían testificar en un proceso que puede durar varios años, siendo revictimizadas para probar un crimen cuya perpetración ya está, a fin de cuentas, comprobada.

7. Casos emblemáticos

En esta sección se revisarán dos casos que ilustran las críticas realizadas anteriormente: los casos Bemba (de la República Centroafricana, el cual se encuentra completamente terminado⁴¹⁵) y Banda (de Darfur en Sudán del Sur, el cual se encuentra a la espera de que

⁴¹⁴ IGLESIAS, I. La prueba en violencia sexual y en violencia de género: especial referencia a la prueba de ADN. En: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. 2010, no. 51, pp. 173-208.

⁴¹⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC). Bemba Case Information Sheet [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf>> [consulta: 13 diciembre 2018]

Abdallah Banda se presente a la Corte o sea arrestado y enviado a la Corte⁴¹⁶). El primer caso es emblemático porque fue la primera condena en la historia de la CPI por el delito de violación (como primer delito de violencia sexual perseguido y condenado), pero dicha sentencia de primera instancia fue revertida por la Sala de Apelaciones en un fallo (y un proceso completo) que puede ser bastante controvertido si se observa desde una mirada crítica con perspectiva de género.

Por su parte, el Caso Banda, en general, no ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina; pero permite ilustrar una crítica evidente sobre las verdaderas preocupaciones de la Corte (y, especialmente de la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional) y la forma en que se deciden abrir investigaciones, realizando un contraste con otros casos que no han recibido mayor atención por parte de aquella.

7.1 Caso Bemba

En el año 2016, la Sala de Enjuiciamiento de la CPI condenó a Jean Pierre Bemba por el delito de violación tanto como crimen de lesa humanidad como crimen de guerra⁴¹⁷ (entre otros) que cometió el grupo paramilitar del cual Bemba era comandante en la República Centroafricana. Sin embargo, en junio de 2018, la Sala de Apelaciones de la Corte revirtió la decisión y absolvió a Bemba⁴¹⁸, dictando una controvertida sentencia que recién está empezando a ser analizada.

Si bien hay muchos puntos de esta resolución en los que se basa la decisión de revertir la sentencia condenatoria que pueden ser discutidos y analizados, hay dos aspectos procesales que vale la pena analizar por cuanto, en los hechos, generan problemas desde una perspectiva de género: en primer lugar, el principio de congruencia procesal (entre las investigaciones, la acusación y la sentencia, propio del derecho procesal penal) y la exigencia de presentar evidencia extremadamente precisa que la Sala de Apelaciones estima necesaria para dar por probados ciertos crímenes que cometen soldados y que puedan ser imputados a los altos mandos (responsabilidad que se encuentra en el artículo 28 del Estatuto de Roma),

⁴¹⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC). Banda Case Information Sheet [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/BandaEng.pdf>> [consulta: 13 diciembre 2018]

⁴¹⁷ CLARK, J. The First Rape Conviction at the ICC: An Analysis of the Bemba Judgment. En: *Journal of International Criminal Justice*. 2016, no. 14, pp. 667-687.

⁴¹⁸ *The Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba*. Op. Cit., p. 79.

especialmente en lo relativo al lugar y tiempo en que se cometieron aquellos. En segundo lugar, el tiempo que duró todo el proceso y la revictimización que vivieron las víctimas que fueron parte de aquel, el cual duró más de 10 años⁴¹⁹.

En cuanto al primer punto, resulta necesario referirse a un asunto eminentemente procesal respecto de la sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso de Jean Pierre Bemba: la forma en que esta Sala entiende el principio de congruencia procesal. Este ha sido uno de los aspectos criticados de la sentencia⁴²⁰ por cuanto en la sentencia de apelación se produce implícitamente una contradicción entre la forma en que el principio de congruencia ha sido entendido hasta ese momento y la forma en que la Sala de Apelaciones decide aplicarlo⁴²¹, considerando que la Sala de Enjuiciamiento, al momento de dictar sentencia condenatoria, había pasado por alto dicho principio.

Para entender el problema, en primer lugar, resulta necesario definir el principio de congruencia penal. Básicamente, este principio es una manifestación del derecho a la defensa del acusado⁴²² y prescribe que, al ser el objeto del juicio el hecho punible, la sentencia debe ceñirse exclusivamente a los términos de la acusación⁴²³; es decir, la sentencia debe pronunciarse de manera condenatoria únicamente sobre los hechos contenidos en la acusación. De otra forma, la sentencia no será congruente con la acusación⁴²⁴. Ahora bien, resulta necesario aclarar que el principio de congruencia se refiere esencialmente a los hechos imputados y no necesariamente a la calificación jurídica de los mismos⁴²⁵. Y, por otra parte, se entiende que el principio de congruencia no protege necesariamente el sustrato fáctico accesorio: así, por ejemplo, la Corte Suprema de Chile ha señalado que “en un delito de parricidio frustrado por envenenamiento son completamente irrelevantes la determinación del fármaco y de la dosis suministrado, de modo que el establecimiento en

⁴¹⁹ ICC (Bemba Case). Op. Cit., p. 1.

⁴²⁰ BA, O. 2018. What Jean-Pierre Bemba's acquittal by the ICC means [en línea] <<https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/jean-pierre-bemba-acquittal-icc-means-180612121012078.html>> [consulta: 02 mayo 2019]

⁴²¹ FOKA, F. 2018. Analysis of Jean-Pierre Bemba's Acquittal by the International Criminal Court [en línea] <<https://www.accord.org.za/conflict-trends/analysis-of-jean-pierre-bembas-acquittal-by-the-international-criminal-court/>> [consulta: 02 mayo 2019]

⁴²² TOBÓN, V. 2011. *Principio de Congruencia en el sistema penal de tendencia acusatoria. Derecho de defensa vs. Objeto litigioso provisional*. Memoria para optar al título de Magíster en Derecho. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. 114p.

⁴²³ DEL RÍO, C. Deber de Congruencia (Rectius, Correlación) de la Sentencia Penal y Objeto del Proceso: Un Problema no Resuelto en la Ley e Insoluble para la Jurisprudencia Chilena. En: *Revista Ius et Praxis*. 2008, no. 2, pp. 87-125.

⁴²⁴ Ibid., p. 94.

⁴²⁵ Ibid., p. 88.

sentencia definitiva de estos elementos fácticos accesorios no constituye infracción al deber de congruencia”⁴²⁶.

Pues bien, en términos simples, la problemática en el caso Bemba es la siguiente: la Fiscal de la CPI había descrito los cargos que se le acusaban a Bemba de manera amplia⁴²⁷, para así poder añadir diversos crímenes después de la confirmación de cargos⁴²⁸ (reconociendo, implícitamente, que es posible encontrar prueba de diversos crímenes después de ciertas etapas procesales, tal como ocurrió en el caso Akayesu ya mencionado). La Fiscal señalaba, en la acusación y en el documento de enmienda de la acusación (*Amended Document Containing the Charges*), un listado de crímenes particulares de asesinato, violación y robo con violencia, pero indicaba que no se trataba de un listado exhaustivo, en tanto los crímenes cometidos por Bemba “incluían, pero no se encontraban limitados” a tales actos criminales⁴²⁹. La Sala de Asuntos Previos había confirmado los cargos en los mismos términos amplios, considerando que había evidencia suficiente para creer que Bemba había perpetrado los crímenes de asesinato como crimen de guerra y como crimen de lesa humanidad, violación como crimen de guerra y como crimen de lesa humanidad y robo con violencia como crimen de guerra⁴³⁰, pero no hizo referencia a que hubiese evidencia suficiente para creer que Bemba había cometido los crímenes específicos⁴³¹, utilizando tales crímenes particulares para apoyar las conclusiones generales⁴³².

Si se sigue el enfoque de la Sala de Asuntos Previos, no habría problema en que la Fiscal agregara nuevos crímenes específicos después de la confirmación de cargos (mediante una segunda enmienda), ya que ellos sólo cumplirían el objetivo de proveer mayor sustento a los cargos formulados en términos amplios⁴³³ (para comprender este punto, resulta esencial entender la distinción entre *underlying acts*, que constituyen hechos específicos, a diferencia de los *facts*, que constituyen situaciones o cargos generales⁴³⁴): ese fue el enfoque que tomó la Sala de Enjuiciamiento al momento de dictar sentencia condenatoria⁴³⁵. Sin embargo, en

⁴²⁶ CORTE SUPREMA DE CHILE. Sentencia 24 de diciembre de 2007, Rol 5415-2007 [en línea] <<https://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-244026430>> [consulta: 02 mayo 2019]

⁴²⁷ FOKA. Op. Cit., párr. 7.

⁴²⁸ Ibid., párr. 7.

⁴²⁹ *The Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba*. Op. Cit., p. 24.

⁴³⁰ Ibid., p. 24.

⁴³¹ Ibid., p. 25.

⁴³² Ibid.,

⁴³³ Ibid.,

⁴³⁴ Ibid., p. 33.

⁴³⁵ Ibid., p. 26.

su recurso de apelación, la defensa de Bemba alegaba (tal como lo había hecho durante el juicio) que: 1) los crímenes que se le acusaban y que fueron agregados después de la audiencia de confirmación de cargos excedían los límites de la acusación, y 2) las acusaciones del fiscal deben ser formuladas en términos específicos (esto es, refiriéndose a crímenes particulares), pues en caso contrario se vulnera el derecho a la defensa⁴³⁶.

Ciertamente, la Sala de Apelaciones podría haber seguido la tesis de Bemba, es decir, que los cargos deben limitarse a crímenes específicos, no pudiendo formularse estos en términos amplios y utilizar crímenes específicos para apoyar los cargos generales⁴³⁷. Ahora bien, siguiendo la posición de las víctimas que presentaron un escrito ante la Sala de Apelaciones, si se tiene en cuenta la naturaleza de los crímenes que se cometen en un contexto de guerra y la forma en que actúan los oficiales de guerra (en tanto dan órdenes a personas subordinadas), es lógico que no pueda exigírsele a la Fiscal probar cada crimen cometido por las tropas del MLC en la República Centroafricana⁴³⁸. La situación se agrava si se considera que no se permitió a las víctimas aportar evidencia en la etapa de preparación del juicio⁴³⁹. Juzgar con perspectiva de género requeriría que la sentencia tuviese en cuenta estos aspectos problemáticos al momento de tomar una decisión, porque esa es la única forma de asegurar que se haga justicia.

Pero, en este caso, la Sala de Apelaciones adoptó un enfoque que pareciera no tener justificación alguna: señaló que, al revertirse la decisión de la Sala de Enjuiciamiento por haberse referido a cargos no confirmados, automáticamente se revierte también la decisión respecto de los crímenes probados más allá de toda duda razonable⁴⁴⁰. Este enfoque no sólo va en contra de la jurisprudencia de los antiguos Tribunales Penales Especiales⁴⁴¹, sino que excede lo solicitado por la defensa de Bemba en tanto nunca discutió la condena por los cargos específicos que fueron confirmados ante la Sala de Cuestiones Previas⁴⁴².

Así, es posible vislumbrar no sólo problemas procesales en el actuar de la Corte Penal Internacional, sino también una falta considerable de perspectiva de género en tanto se negó la posibilidad de hacer justicia para las víctimas que participaron por más de diez años en un

⁴³⁶ Ibid., p. 29.

⁴³⁷ FOKA. Op. Cit., párr. 8.

⁴³⁸ *The Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba*. Op. Cit., p. 33.

⁴³⁹ Ibid., p. 34.

⁴⁴⁰ FOKA. Op. Cit., párr. 7.

⁴⁴¹ Ibid., párr. 8.

⁴⁴² Ibid., párr. 7.

proceso y que ayudaron a que pudiese probarse, más allá de toda duda razonable, una serie de crímenes –entre ellos, la violación– que posteriormente fueron desestimados sin un sustento jurídico consistente.

Dicha situación puede ser criticada desde una perspectiva de género puesto que, tal como señaló la Fiscal en la respuesta a la apelación, en contextos de guerra es extremadamente difícil recabar prueba de cada hecho específico constitutivo de delito que se alega para conformar las acusaciones finales⁴⁴³, lo que ocurre especialmente con los delitos de violencia sexual. A su vez, es extremadamente probable que reunir toda la evidencia necesaria para llegar al convencimiento de la Corte tome más tiempo en casos de violencia sexual (tal como ocurrió con el caso Fofana, mencionado anteriormente), por lo que debiese permitirse que ésta se presente en la etapa de enjuiciamiento para sustentar hechos específicos, siempre y cuando la defensa del imputado no se vea mermada.

En segundo lugar, siendo este el primer caso en que se perseguían delitos de violencia sexual en la CPI, resultaba necesario tomar precauciones específicas para evitar la revictimización, poniendo a prueba la capacidad de la Corte y de la Fiscalía para cumplir tal objetivo (que han considerado como propio⁴⁴⁴). Si bien hubo avances en ciertos aspectos (por ejemplo, se permitió a las víctimas de violación declarar acompañadas de personas cercanas para que se sintieran más protegidas), también hubo errores graves. Mujeres víctimas de violencia sexual debieron declarar en reiteradas ocasiones en un proceso que duró más de 10 años desde el inicio de las investigaciones⁴⁴⁵ y, además, Bemba (junto con otros cuatro hombres) fue condenado por delitos contra la administración de la justicia cometidos durante el proceso⁴⁴⁶, tanto por presentar testigos falsos como por sobornar a testigos presentados por la fiscal y por los representantes de las víctimas⁴⁴⁷, lo cual representa una forma evidente de revictimización durante el proceso penal, pues mujeres que se presentaban a declarar eran necesariamente hostigadas para presentar declaraciones falsas a cambio de dinero.

⁴⁴³ *The Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba*. Op. Cit., p. 32.

⁴⁴⁴ OTP (2014). Op. Cit., p. 6.

⁴⁴⁵ Véase: <https://www.icc-cpi.int/car/bemba#1>

⁴⁴⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC). Bemba et al Case Information Sheet [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/Bemba-et-alEng.pdf>> [consulta: 13 diciembre 2018]

⁴⁴⁷ THE GUARDIAN. Congolese warlord sentenced over witness bribing in Hague court first [en línea] <<https://www.theguardian.com/world/2017/mar/22/jean-pierre-bemba-jailed-bribing-witnesses-congolese-war-crimes>> [consulta: 13 diciembre 2018]

7.2 Caso Banda

En 2003, comenzó un conflicto étnico-racial en Darfur, región ubicada al oeste de Sudán, el cual se mantiene hasta el día de hoy. Los bandos principales eran los Yanyauid y varias milicias conformadas por personas de raza negra no musulmanes⁴⁴⁸, y dentro de estos últimos se encontraba el Movimiento de Justicia e Igualdad (en adelante, “MEJ”), grupo militar rebelde comandado por Abdallah Banda⁴⁴⁹ que lideraba la guerra contra los Yanyauid (apoyados por el gobierno sudanés⁴⁵⁰). Las Naciones Unidas establecieron grupos militares para el mantenimiento de la paz en Sudán, los cuales no tomaban parte del conflicto, sino que se limitaban a proteger a civiles y a realizar labores que tenían, como única misión, el mantenimiento de la paz⁴⁵¹: la Misión de las Naciones Unidas en Sudán, que trabajaba en conjunto con la Misión de la Unión Africana en Sudán (en adelante, “AMIS”).

Debido a las tensiones crecientes, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, haciendo uso de las facultades que le concede el Estatuto de Roma, remitió a la OTP el caso de Darfur en marzo de 2005⁴⁵². Lo mismo ya había hecho el Comité Internacional de Investigaciones en Darfur -establecido por el Secretario General de la ONU y el Consejo de Seguridad en 2004 para investigar las importantes violaciones a los derechos humanos que se cometían en el conflicto⁴⁵³- que remitió antecedentes a la CPI en enero del mismo año.

Debido a lo anterior, la Fiscalía de la Corte abrió una investigación en junio del 2005⁴⁵⁴, pero no realizó movimientos en ella durante 3 años (mientras se cometían diversas violaciones a los derechos humanos en la región)⁴⁵⁵. Sin embargo, el 29 de septiembre de 2007, el MEJ llevó adelante un ataque contra los grupos de mantenimiento de paz, matando a 12 personas y dejando 8 heridos de gravedad (ninguno de los cuales era parte activa del conflicto)⁴⁵⁶. Además, robaron parte del armamento y destruyeron propiedad (vehículos y

⁴⁴⁸ RANGEL, A. Causas del genocidio de Darfur: Un análisis basado en el modelo de Bárbara Harf. En: *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. 2016, no. 228, pp. 365-390.

⁴⁴⁹ HUMAN RIGHTS WATCH. Sudan Situation [en línea] <https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/sudan_6.pdf> [consulta: 13 diciembre 2018]

⁴⁵⁰ LANGA, A. Aproximación al conflicto armado en el Gran Darfur. En: *Revista de Paz y Conflictos*. 2015, no. 8, pp. 151-178.

⁴⁵¹ Ibid., p. 174.

⁴⁵² ICC (Banda Case). Op. Cit., p. 2.

⁴⁵³ Ibid., p. 2.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 2.

⁴⁵⁵ LANGA. Op. Cit., p. 154.

⁴⁵⁶ ICC (Banda Case). Op. Cit., p. 2.

otros materiales) de las misiones de paz de las Naciones Unidas⁴⁵⁷. Así, en menos de un año de investigación del ataque, la Oficina del Fiscal presentó cargos contra Banda únicamente por los crímenes cometidos en ese ataque (todos crímenes de guerra): 1) atentados contra la vida y la integridad física por el art. 8(2)(c)(i), 2) atentados intencionales contra personal, instalaciones, instrumentos, unidades y vehículos de misiones de paz por el art. 8(2)(e)(iii), y 3) robo con violencia por el art. 8(2)(e)(v)⁴⁵⁸. El 20 de noviembre de 2008, el Fiscal ya solicitaba órdenes de arresto contra Banda, y cuando Banda se presentó ante la CPI (entre junio de 2010 y marzo de 2011), todos los cargos fueron confirmados de manera unánime⁴⁵⁹. Actualmente, se espera que Banda sea arrestado o se presente voluntariamente ante la Corte para iniciar el juicio.

Este caso es esencialmente criticable desde una perspectiva no hegemónica, en tanto es claro que el fiscal de la CPI sólo inició las investigaciones por el ataque que se llevó a cabo contra la Misión de Paz establecida por las Naciones Unidas⁴⁶⁰, a pesar de que, ya desde el 2004, la comunidad internacional (incluso el Consejo de Seguridad y el Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU) alertaban sobre diversas violaciones a los derechos humanos de civiles⁴⁶¹, en un conflicto que puede ser catalogado como un genocidio⁴⁶².

Asimismo, es criticable que la Oficina del Fiscal de la CPI considere que 12 muertos son un número suficiente para establecer que se cometió el crimen de “atentados contra la vida humana” (como “*substantial ground to believe*”), mientras que en casos como el conflicto palestino-israelí (el cual es investigado por la Fiscal desde 2015⁴⁶³) ni siquiera se investigue dicho crimen, a pesar de que en 2017 el ejército israelí mató al menos 62 palestinos, entre ellos 14 niños⁴⁶⁴. Lo mismo ocurre con el caso de Boko Haram en Nigeria (mencionado anteriormente), donde a pesar de las cifras oficiales y de que la Oficina del Fiscal de la CPI investiga el caso desde 2011, no se ha investigado ningún crimen -ya sea de guerra o de lesa

⁴⁵⁷ Ibid., p. 3.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 2.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 3.

⁴⁶⁰ Lo cual puede apreciarse por los cargos que se presentaron contra Abdallah Banda, todos relacionados con dicho ataque.

⁴⁶¹ LÓPEZ-JACOISTE, E. La Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Intervención de la CPI en la Crisis de Darfur: ¡A la Sexta va la Vencida!. En: *Revista Española de Derecho Internacional*. 2005, no. 57, pp. 489-495.

⁴⁶² RANGEL. Op. Cit., p. 366.

⁴⁶³ Véase: <https://www.icc-cpi.int/palestine>

⁴⁶⁴ HUMAN RIGHTS WATCH. Israel and Palestine Situation [en línea] <https://www.hrw.org/sites/default/files/israelopt_0.pdf> [consulta: 13 diciembre 2018]

humanidad- de violencia sexual o de género, ni tampoco el crimen de persecución por género, a pesar de que hay varios hechos documentados de esclavitud sexual⁴⁶⁵, violaciones⁴⁶⁶ y, evidentemente, el secuestro que se enfoca únicamente en mujeres no musulmanas, lo cual constituye base suficiente para al menos investigar la hipótesis de una persecución basada en género.

Todo lo anterior lleva a cuestionarse las verdaderas preocupaciones de la Corte Penal Internacional, y deslegitima muchas de sus investigaciones actuales pues parece haber un sesgo (oculto) en ellas, que lleva a criticar, en definitiva, los objetivos que persigue una Corte Penal universal y si ella realmente tiene pretensiones de universalidad o si, por el contrario, deja fuera los intereses y preocupaciones de los grupos (y países) no hegemónicos. En ese sentido, la nula sensibilidad del Fiscal respecto de la situación cultural en Darfur (donde mostró más preocupación por víctimas esporádicas que la situación de genocidio)⁴⁶⁷ demuestra que la Corte viene a ser un instrumento más de dominación occidental sobre países no hegemónicos⁴⁶⁸.

8. Sistema de recursos y cosa juzgada

Finalmente, resulta necesario referirse al sistema recursivo de la Corte Penal Internacional, haciéndolo desde una perspectiva comparada, esto es, ilustrando las problemáticas que surgen si se sigue un enfoque propio del derecho anglosajón o del derecho continental, por cuanto hay diferencias importantes tanto en la forma de entender el derecho a apelar (que puede ejercer tanto el Fiscal como el defensor, aunque por diversas causales), el derecho a solicitar la revisión de la sentencia, y la forma en que se conceptualiza la cosa juzgada o *res judicata*, que plantea problemas específicos, especialmente si se vincula con el *principio non bis in ídem*.

Asimismo, es importante referirse a la situación de las víctimas, en tanto intervinientes del procedimiento, pues podrán verse afectadas de diversas formas, especialmente en los casos en que la Sala de Apelaciones ordene la realización de un nuevo juicio y en aquellos casos en que se vean obligadas a participar, como fuente de prueba, en diversos procedimientos

⁴⁶⁵ ZENN y PEARSON. Op. Cit., p. 56.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 49.

⁴⁶⁷ FOULADVAND. Op. Cit., 1028.

⁴⁶⁸ Ibid., 1029.

que versan sobre los mismos hechos que posiblemente ya se encuentran asentados en otro procedimiento.

8.1 Recurso de apelación: entre el *common law* y el derecho continental

A pesar de que, en la actualidad, las diferencias relativas al recurso de apelación se han ido difuminando entre el derecho continental y el derecho anglosajón⁴⁶⁹, todavía subsisten diferencias importantes no sólo respecto a la substancia misma del derecho, sino también al procedimiento que deben seguir tales recursos, lo cual se explica principalmente por los diversos objetivos que históricamente han tenido, por un lado, el *common law*, y por el otro, el *civil law*⁴⁷⁰.

Las diferencias existentes entre los diversos sistemas de apelación de los países que participaron en la creación de tribunales penales internacionales tuvieron repercusiones, y el cambio que se ha producido desde los Tribunales de Nuremberg -que contaban con una apelación extremadamente limitada que no era concebida como un derecho del acusado⁴⁷¹- hasta los Tribunales Penales Especiales para Ruanda y la Ex Yugoslavia -donde apelar era una facultad tanto del Fiscal como del acusado⁴⁷²- es evidente. Ahora bien, a pesar de contar con una regulación rigurosa en comparación con la mayoría de los sistemas penales del *common law*⁴⁷³, no se indicaban siquiera las decisiones que podían ser revisadas mediante el recurso de apelación⁴⁷⁴, por lo que siempre se requeriría la autorización de la Sala que dictó la resolución que se busca revisar⁴⁷⁵ en el sentido de conceder la apelación, como una suerte

⁴⁶⁹ MARSHALL, P. A Comparative Analysis of the Right to Appeal. En: *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2011, no. 22, pp. 1-46.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁷¹ MCKEOWN. *Op. Cit.*, p. 128.

⁴⁷² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Case Law Database [en línea] <<http://cld.irmct.org/notions/show/73/appeal-as-of-right>> [consulta: 03 junio 2018]

⁴⁷³ DRUMBL, M. y GALLANT, K. Appeals in the Ad Hoc International Criminal Tribunals: Structure, Procedure, and Recent Cases. En: *The Journal of Appellate Practice and Process*. 2001, no. 3, pp. 589-659.

⁴⁷⁴ Véase el Estatuto Actualizado del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y sus respectivas Reglas de Procedimiento y Prueba, disponibles en: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf> [consulta: 03 junio 2019] y <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf> [consulta: 03 junio 2019]

⁴⁷⁵ En inglés, esto se conoce como “leave to appeal”. Así, interpuesto el recurso de apelación (por una o más partes), la Sala *ad quo* debe dictar la resolución de “leave to appeal”, ya sea otorgándolo o denegándolo, de manera discrecional, mas no arbitraria. Esto ocurre en los procesos penales que siguen una tradición anglosajona.

de requisito de admisibilidad. Esto demuestra que hay una tendencia hacia los sistemas del *common law*, donde la apelación no se encuentra absolutamente regulada ni garantizada⁴⁷⁶.

Sin embargo, la situación ha cambiado bastante en la Corte Penal Internacional. En primer lugar, siguiendo la tendencia de los antiguos tribunales penales especiales, el Estatuto de Roma concibe el recurso de apelación como un derecho para las partes (ahora bien, no para las víctimas, lo cual se tratará más adelante). Pero, además, el Estatuto regula no sólo las bases en que se puede fundamentar una apelación, sino también las resoluciones contra las que procede este recurso.

Así, en caso de que se busque apelar la sentencia definitiva (es decir, la sentencia condenatoria o absolutoria):

“a) El Fiscal podrá apelar por alguno de los motivos siguientes:

i) Vicio de procedimiento;

ii) Error de hecho; o

iii) Error de derecho;

b) El condenado, o el Fiscal en su nombre, podrá apelar por alguno de los motivos siguientes:

i) Vicio de procedimiento;

ii) Error de hecho;

iii) Error de derecho;

iv) Cualquier otro motivo que afecte a la justicia o a la regularidad del proceso o del fallo.

*El Fiscal o el condenado podrán apelar de una sentencia, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, en razón de una desproporción entre el crimen y la condena;”*⁴⁷⁷.

Ahora bien, respecto de otras resoluciones, el artículo 82 del Estatuto señala lo siguiente:

⁴⁷⁶ MARSHALL. Op. Cit., p. 36.

⁴⁷⁷ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 81.

“1. Cualquiera de las partes podrá apelar, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, de las siguientes decisiones:

a) Una decisión relativa a la competencia o la admisibilidad;

b) Una decisión por la que se autorice o deniegue la libertad de la persona objeto de investigación o enjuiciamiento;

c) Una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de actuar de oficio de conformidad con el párrafo 3 del artículo 56;

d) Una decisión relativa a una cuestión que afecte de forma significativa a la justicia y a la prontitud con que se sustancia el proceso o a su resultado y respecto de la cual, en opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia, un dictamen inmediato de la Sala de Apelaciones pueda acelerar materialmente el proceso.

2. El Estado de que se trate o el Fiscal, con la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, podrá apelar de una decisión adoptada por esta Sala de conformidad con el párrafo 3 d) del artículo 57.

4. El representante legal de las víctimas, el condenado o el propietario de buena fe de bienes afectados por una providencia dictada en virtud del artículo 75 podrán apelar, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, de la decisión por la cual se conceda reparación”⁴⁷⁸.

Si bien el Estatuto no se refiere en mayor medida al procedimiento que debe seguir un recurso de apelación, son las Reglas de Procedimiento y Prueba las que regulan todas las formalidades correspondientes⁴⁷⁹. Pero, además, son tales Reglas las que clarifican si la apelación será concedida de manera automática, o si se requerirá la autorización (en inglés, “*leave to appeal*”) en cada caso. Así, el artículo 155 señala que las únicas dos causales bajo las cuales no se concederá automáticamente el recurso son las del art. 82 (1) (c) (referida a cuestiones que puedan afectar de forma significativa a la justicia y a la prontitud con que se sustancia el proceso o a su resultado) y del art. 82 (2) del Estatuto (referida a la autorización que puede otorgar la Sala de Cuestiones Preliminares al Fiscal para que adopte medidas de investigación en el territorio de un Estado Parte sin haber obtenido la cooperación de éste).

⁴⁷⁸ Ibid., art. 82.

⁴⁷⁹ Ibid., arts. 149 y ss.

Con esto, es posible apreciar que el Estatuto se ha inclinado, en este aspecto, levemente hacia un modelo propio del derecho continental, aunque aún subsisten ciertos resabios propios del *common law*, especialmente si se tiene en cuenta que las resoluciones del artículo 82 (1) (c) pueden ser muy variadas⁴⁸⁰. En ese sentido, puede señalarse que estamos ante un sistema realmente ecléctico.

Otro aspecto importante que reafirma el abandono de un proceso de apelación inspirado principalmente en la tradición anglosajona por parte del Estatuto de Roma guarda relación con la posibilidad que tiene la Sala de Apelaciones de repetir el juicio en su totalidad, tal como se contempla en el artículo 83 (2) (b)⁴⁸¹, aunque ello queda a discreción de la Sala de Apelaciones y sólo podrá ocurrir respecto de sentencias definitivas. Esta situación es relativamente extraña para la tradición del *common law*, donde muchas veces el recurso de apelación se limita únicamente a puntos de derecho, mientras que la apelación con efectos *de novo* se da en países como Italia o Alemania⁴⁸².

Un último aspecto importante guarda relación con el efecto que produce la interposición del recurso de apelación, siendo este punto el que matiza la inclinación de Estatuto hacia un sistema de apelaciones propio del derecho continental. Así, en caso de que la sentencia que se apela sea condenatoria, la regla general es que el sujeto condenado permanezca privado de libertad⁴⁸³, lo que difiere de muchos sistemas del *civil law* donde la apelación se ve como una continuación del procedimiento, no siendo la sentencia condenatoria en primera instancia una sentencia “final”⁴⁸⁴. Es más, el Estatuto de Roma deja abierta la posibilidad de que el sujeto absuelto se mantenga privado de libertad, “en circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta entre otras cosas, el riesgo concreto de fuga, la gravedad del delito y las probabilidades de que se dé lugar a la apelación”⁴⁸⁵. Esta situación reafirma que el procedimiento de apelación tiene aspectos propios tanto del *common law* como del *civil law*, siendo verdaderamente ecléctico.

⁴⁸⁰ Así, por ejemplo, todas las resoluciones que guardan relación con las obligaciones de disclosure, de intervención de las víctimas en el proceso o de protección de testigos, se entienden contempladas en este artículo, por lo que los recursos de apelación requerirán de la autorización de la Sala ad quo para ser conocidos y fallados.

⁴⁸¹ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 82.

⁴⁸² MARSHALL. Op. Cit., p. 16.

⁴⁸³ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 81.

⁴⁸⁴ MARSHALL. Op. Cit., p. 15.

⁴⁸⁵ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 81.

En ese sentido, resulta relevante analizar brevemente la forma en que las diversas Convenciones de Derechos Humanos (y las interpretaciones jurisprudenciales de las Comisiones y Cortes de los respectivos sistemas) abordan el derecho a recurrir y la privación de libertad mientras pende el proceso. Así, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos asegura el derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior⁴⁸⁶ y también el derecho a la libertad personal, en el sentido de limitar la prisión preventiva de libertad en el marco de un proceso penal⁴⁸⁷. La CADH señala expresamente que los Estados se encuentran obligados a llevar a la persona detenida ante un juez u otro funcionario competente, a fin de que, dentro un plazo razonable, se opte por juzgarla o ponerla en libertad sin perjuicio de la continuación del proceso. Por su parte, la Corte IDH ha señalado que “en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, un trato consecuente con la presunción de inocencia”⁴⁸⁸.

Asimismo, la Corte IDH ha señalado que uno de los principios que hacen que la prisión preventiva sea legal, es la razonabilidad de su plazo, puesto que, si el plazo se torna “irracional”, la medida cautelar deviene en punitiva, atentando contra la presunción de inocencia de que goza el imputado⁴⁸⁹. De ello se desprende que la continuación de la prisión preventiva una vez que se ha dictado sentencia absolutoria en primera instancia es totalmente contraria a la presunción de inocencia en el sistema interamericano de derechos humanos, el cual no admite una excepción de tal entidad, no habiendo fin de la prisión preventiva que justifique una vulneración directa del derecho a la libertad personal, puesto que, habiéndose absuelto al imputado, la prisión preventiva deja de cumplir objetivos cautelares.

Por su parte, la Convención Europea de Derechos Humanos se refiere al derecho a un proceso equitativo en su artículo 6, donde ni siquiera se menciona el derecho a recurrir⁴⁹⁰. En ese sentido, no es necesario que los Estados cuenten con un sistema de apelaciones (sin embargo, si lo tienen, aquel debe cumplir con los estándares del debido proceso)⁴⁹¹. Ahora

⁴⁸⁶ *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969. Art. 8.2.h.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, art. 7.5 y 7.6.

⁴⁸⁸ *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de julio de 2004, decisión sobre Fondo, Reparaciones y Costas.

⁴⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privacion-libertad.pdf>> [consulta: 26 junio 2019]

⁴⁹⁰ *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 4 de noviembre de 1950.

⁴⁹¹ MARSHALL. Op. Cit., p. 24.

bien, el derecho a recurrir sí se contempla en el Protocolo No. 7 del Convenio, pero aquel deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados para la configuración del sistema de recursos⁴⁹². En ese sentido, los Estados pueden imponer amplias limitaciones al ejercicio del derecho a recurrir, siempre y cuando con ello se persigan objetivos legítimos y no se lesione la esencia misma del derecho⁴⁹³, cual es que el acusado/imputado cuente con la oportunidad de apelar⁴⁹⁴ (aunque bastaría con tener la oportunidad de solicitar “permiso” para apelar, es decir, que el proceso de apelación cuente con una etapa de *leave to appeal*, propio del *common law*)⁴⁹⁵, siempre y cuando el proceso de *leave to appeal* se encuentre claramente reglado.

Respecto a la posibilidad de mantener al acusado en prisión preventiva pendiente un recurso de apelación, si la sentencia fue condenatoria, no pareciera haber discusión en que ello es posible, dada la amplia libertad que tiene cada Estado para establecer su sistema recursivo. Ahora bien, la posibilidad de mantener a un sujeto que ha sido absuelto en prisión preventiva mientras se resuelve un recurso de apelación podría ser contraria al CEDH porque vulnera el principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 6, pero podría ser permisible si se considera lo estipulado en el art. 5 del mismo, en tanto las personas pueden ser privadas de su libertad “si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido”, pero siempre que ello se apegue a un procedimiento establecido por ley. Así, deberá evaluarse caso a caso.

En último lugar, debe hacerse referencia a la Carta Africana de Derechos Humanos y De Los Pueblos, que en su artículo 7 contempla las garantías judiciales de un debido proceso⁴⁹⁶. Este artículo no consagra el derecho a la apelación (en tanto revisión de una sentencia), pero sí consagra el derecho a la presunción de inocencia. Como la ambigüedad del art. 7 fue bastante criticada desde la creación de la Carta⁴⁹⁷, la Comisión Africana dictó, en 1991, una Resolución sobre el Derecho al Recurso y el Debido Proceso, donde se señaló que el art. 7

⁴⁹² Ibid., p. 25.

⁴⁹³ Ibid., p. 25.

⁴⁹⁴ Ibid., p. 26.

⁴⁹⁵ Ibid.

⁴⁹⁶ *Carta Africana sobre Los Derechos Humanos y de los Pueblos*, 27 de julio de 1981. Art. 7.

⁴⁹⁷ SAAVEDRA, Y. 2007. Garantías Judiciales Penales en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En: GARCÍA, S. e ISLAS DE GONZÁLEZ, O. *Panorama Internacional sobre Justicia Penal: Política criminal, derecho penal y criminología*. Ciudad de México, UNAM, 668p.

incluía el derecho a apelar ante un tribunal superior⁴⁹⁸. Por su parte, en 2003, la Comisión Africana reafirmó la existencia del derecho a apelar que tiene el condenado, estipulando además que en la apelación deben poder revisarse tanto los hechos como el derecho⁴⁹⁹. Sin embargo, no se contempla una regulación exhaustiva del procedimiento de apelación, y ni la Comisión ni la Corte han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de mantener la prisión preventiva estando pendiente un recurso de apelación. No obstante lo anterior, es claro que en el sistema africano de derechos humanos hay un reconocimiento amplio del derecho a recurrir en el proceso penal producto de la jurisprudencia tanto de la Comisión como de la Corte.

Finalmente, habiendo ya hecho una reseña general del procedimiento de apelaciones de la Corte Penal Internacional, vale referirse a la limitada posibilidad de recurrir que tienen las víctimas, en tanto intervinientes en un determinado proceso.

En efecto, y a pesar de que las víctimas pueden llegar a aportar prueba referida a la culpabilidad o inocencia del acusado⁵⁰⁰, sujetándose a las reglas de *disclosure* tal como las demás partes del procedimiento (es decir, el Fiscal y la defensa), las víctimas sólo pueden apelar respecto de la resolución que concede o deniega la reparación y, en caso de ser procedente, fija el monto de aquella, quedando imposibilitadas de recurrir en contra de todas las demás resoluciones y la sentencia misma, porque no son partes del proceso⁵⁰¹.

Aunque el artículo 156 de las Reglas de Procedimiento y Prueba impone a la Corte la obligación de notificar a todas las personas que hayan participado en el procedimiento que se ha interpuesto un recurso de apelación⁵⁰², no parece que los participantes que no son propiamente partes puedan intervenir en la etapa de apelaciones. Además, hay resoluciones que afectarán directamente las posibilidades de actuación de las víctimas, entre ellas, todas las que se refieran a las obligaciones de *disclosure* respecto de sus identidades, por lo que su imposibilidad de apelar a tales resoluciones implica un grave obstáculo para su representación en juicio y, finalmente, al debido proceso. Por ello, sería conveniente que se

⁴⁹⁸ Ibid., p. 306.

⁴⁹⁹ AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. 2003. Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa [en línea] <http://www.achpr.org/files/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial/achpr33_guide_fair_trial_legal_assistance_2003_eng.pdf> [consulta: 26 junio 2019]

⁵⁰⁰ FRIMAN. Op. Cit., p. 488.

⁵⁰¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. How the Court Works [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works>> [consulta: 03 junio 2019]

⁵⁰² RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE. Op. Cit., art. 156.

revisará esta situación, permitiéndole a las víctimas que se encuentren debidamente representadas interponer recursos de apelación respecto de resoluciones que afecten directamente sus intereses en juicio.

8.2 Cosa juzgada y el principio *non bis in ídem*

Hablar de cosa juzgada⁵⁰³, en el contexto de la Corte Penal Internacional, implica necesariamente referirse, por una parte, al principio de complementariedad y, por otra, a un principio general del derecho, cual es el *non bis in ídem* (también conocido como “*ne bis in ídem*”), porque desconocer la cosa juzgada en un proceso penal implica una vulneración de aquel. Respecto al principio de complementariedad, la relación se da por cuanto son los ordenamientos jurídicos nacionales los que tienen una suerte de prioridad para investigar, procesar y juzgar los crímenes que sean de su competencia (en virtud del principio de complementariedad) y, por regla general, las actuaciones que realicen los Estados tendrán efecto de cosa juzgada que será oponible a la CPI⁵⁰⁴, debiendo esta declarar inadmisibles cualquier caso en el que ya exista una sentencia dictada por una nación (salvo excepciones puntuales a las que se hará referencia más adelante)⁵⁰⁵.

Es más, puede predicarse que, además de el reconocimiento de la cosa juzgada, se reconocería la *litis pendencia* respecto de la etapa de investigaciones y procesamiento⁵⁰⁶, pues el artículo 17 del Estatuto de Roma también prescribe que la Corte deberá declarar inadmisibles los casos que: “a) el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él (es decir, hay una investigación o proceso en curso) y 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 (es decir, se trata de una investigación ya terminada)”⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Por cosa juzgada se entiende “valor específico de la resolución judicial que pone fin al proceso de declaración, la fuerza que el ordenamiento jurídico concede al resultado de la actividad jurisdiccional declarativa, fuerza que consiste en la subordinación a los resultados del proceso y que se resuelve en la irrevocabilidad de la decisión judicial. Véase: MONTERO, J. Cosa Juzgada, Jurisdicción y Tutela Judicial. En: *Derecho Privado y Constitución*. 1996, no, 8, pp. 251-295.

⁵⁰⁴ PENAGOS, S. y SÁNCHEZ, J. C. *El non bis in ídem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2007. 202p.

⁵⁰⁵ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 17.

⁵⁰⁶ PENAGOS y SÁNCHEZ. Op. Cit., p. 147.

⁵⁰⁷ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 17.

Ahora bien, es el artículo 20 del Estatuto el que se refiere expresamente a la cosa juzgada y al principio *non bis in ídem*. Así, se establece, como principio general, que “nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte”⁵⁰⁸ y, a su vez, que la “Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8”, salvo casos excepcionales que se verán más adelante. Con ello no sólo se reafirma el principio de complementariedad en cuanto la jurisdicción de la CPI es subsidiaria en relación a las jurisdicciones de los Estados competentes, sino que se reconoce el efecto de cosa juzgada de las sentencias que se dicten en cualquiera Estado que sea competente, el cual será oponible a la Corte.

Lo anterior implica un reconocimiento amplio del principio de cosa juzgada, puesto que suele señalarse, especialmente en los países de tradición anglosajona, que aquel principio sólo produce sus efectos respecto de otros procedimientos en un mismo Estado⁵⁰⁹, siendo totalmente admisible que un Estado procese a una persona por un crimen que haya cometido en otro país, aunque ya haya sido procesada e, incluso, juzgada, sin que ello implique una infracción al principio *non bis in ídem*⁵¹⁰. De todas formas, es probable que este reconocimiento amplio del principio *non bis in ídem* (y, consecuentemente, de la *res judicata*) se justifique precisamente por el principio de complementariedad, pues cualquier otra interpretación de aquel redundaría en que la Corte no sea efectivamente subsidiaria a la jurisdicción de los Estados.

Ahora bien, tal como se señaló anteriormente, el reconocimiento del principio *non bis in ídem* es amplio, mas no absoluto⁵¹¹. Así, el Estatuto deja abierta la posibilidad de desconocer el efecto de cosa juzgada que producen las sentencias dictadas en ordenamientos estatales por la vía de excepciones⁵¹², lo cual representa una variación de la forma en que el efecto de cosa juzgada es entendido en diversas naciones, donde aquel es incondicional⁵¹³.

⁵⁰⁸ Ibid., art. 20.

⁵⁰⁹ VAN DEN WYNGAERT, C. y STESENS, G. The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions. En: *International & Comparative Law Quarterly*. 1999, no. 48, pp. 779-804.

⁵¹⁰ CRYER, R. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press. 2010. 618p.

⁵¹¹ PENAGOS y SÁNCHEZ. Op. Cit., p. 166.

⁵¹² CAMARGO, P. *Manual de Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Leyer. 2004. 570p.

⁵¹³ PENAGOS y SÁNCHEZ. Op. Ct., p. 165.

Las excepciones pueden apreciarse tanto en el artículo 17 como en el artículo 20, aunque la excepción del art. 17 guarda relación únicamente con las fases anteriores al juzgamiento (investigación y procesamiento, siendo estas un reconocimiento de *litis pendencia*), las que fueron explicadas al referirse al principio de complementariedad, no siendo necesario aludir nuevamente a ellos.

El artículo 20 (3) del Estatuto de Roma estipula:

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

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

b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”⁵¹⁴.

Básicamente, las dos excepciones que prescribe el artículo 20 se refieren a la intención de un Estado de evitar que el responsable de un crimen (de aquellos cuyo conocimiento corresponde a la Corte) sea juzgado, haciéndose cargo de que, en diversas ocasiones, los sistemas judiciales domésticos sólo actuarán para proteger a sus nacionales, por desconfianza hacia el sistema penal de la CPI⁵¹⁵. Esto puede ocurrir derechamente mediante un juicio aparente o simulado⁵¹⁶, o mediante un juicio que, si bien no es meramente ficticio, no cumple con estándares mínimos de imparcialidad o independencia que sean congruentes con una intención real de someter a aquella persona a un procedimiento y juzgamiento real⁵¹⁷. Un ejemplo claro de ello sería si un tribunal nacional juzga a un oficial de alto rango que tiene poder suficiente para ejercer una presión real que influya en el resultado del

⁵¹⁴ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 20.

⁵¹⁵ FINLAY, L. Does the International Criminal Court Protect Against Double Jeopardy: An Analysis of Article 20 of the Rome Statute. En: *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*. 2009, no, 15, pp. 221-248.

⁵¹⁶ PENAGOS y SÁNCHEZ. Op. Cit., p. 16.

⁵¹⁷ Ibid.

juicio⁵¹⁸. Sin embargo, resulta necesario probar un grado de mala fe⁵¹⁹, en tanto se requiere que no exista intención de someter a la persona a la justicia.

Si bien ambas excepciones pueden considerarse amplias puesto que, finalmente, se necesitará la interpretación de la Corte en cada caso y esta dependerá, de una u otra forma, de la apreciación de elementos subjetivos (ya que la CPI deberá establecer el propósito o la intención⁵²⁰), ello se justifica por los crímenes que están en juego. En efecto, limitar el principio *non bis in ídem* es la única forma de acabar con la impunidad de quienes cometen los crímenes más gravosos de la humanidad⁵²¹, lo que justifica, además, que sea la Corte la que ejerza una suerte de supervisión respecto de la forma en que las jurisdicciones nacionales juzgan tales crímenes⁵²², pues de otra forma podría haber una instrumentalización tanto el principio de complementariedad como del efecto de cosa juzgada.

Finalmente, es importante recalcar que, al tratarse de excepciones, será el o la Fiscal quien deba reunir prueba suficiente de que, en un caso concreto, no se cumplen los requisitos para que el efecto de cosa juzgada que produce una sentencia no sea oponible a la Corte⁵²³, lo que reafirma la fuerza del principio del *non bis in ídem*.

La posibilidad de que la Corte pueda limitar el reconocimiento al principio de cosa juzgada es una herramienta esencial no sólo para la comunidad internacional en general (por cuanto busca acabar con la impunidad), sino también para las víctimas, quienes pueden enfrentar barreras importantes al momento de buscar justicia en sus respectivos sistemas nacionales, y más aún en sistemas domésticos extranjeros. Ello se muestra con mayor claridad en los crímenes de violencia sexual, donde muchos países son reticentes a investigar y castigar tales crímenes, incluso en contextos de violencia generalizada⁵²⁴.

Así, la posibilidad de que la Corte pueda desconocer tales procesos y sus sentencias puede salvaguardar los intereses de las víctimas, lo cual es importante desde una perspectiva interseccional.

⁵¹⁸ TALLGREN, I. y REISINGER, A. Article 20: Ne bis in idem. En TRIFFTERER, O. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2da Edición. Oxford: Hart Publishing. 2008. pp. 669-699.

⁵¹⁹ FINLAY. Op. Cit., p. 237.

⁵²⁰ Ibid., p. 235.

⁵²¹ Ibid.

⁵²² Ibid.

⁵²³ CAMARGO. Op. Cit., p. 62.

⁵²⁴ THOMAS, L. Op. Cit., Escenas referidas a la situación de la República Democrática del Congo.

Sin embargo, no debe ignorarse que será la Corte la que deberá decidir, evaluando un caso concreto, si el proceso y/o la sentencia que se hubiere dictado en una jurisdicción doméstica tuvo como única intención sustraer al imputado de la competencia de la Corte o si hubo un debido proceso. Esto se relaciona necesariamente con la institucionalidad existente en cada país, en tanto aquel cumpla con los estándares que prescribe el derecho internacional, y la apreciación de tal situación puede tender hacia una discriminación sistemática que beneficie, por una parte, a los países hegemónicos, y que ponga en tela de juicio a los países no hegemónicos. Es por ello que, al momento de tomar una decisión, es estrictamente necesario que los jueces lo hagan con perspectiva interseccional.

8.2.1 Recurso de revisión por cambios de jurisprudencia

Si bien ya se señaló que, por regla general, las sentencias dictadas en los sistemas jurídicos nacionales producen efecto de cosa juzgada ante la Corte Penal Internacional, es menester señalar que las mismas sentencias de la Corte también tienen efecto de cosa juzgada, tanto respecto de los sistemas nacionales como de la misma Corte (y de otras Cortes internacionales que pudiesen tener competencia).

Así, el artículo 20 estipula:

“1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto”⁵²⁵.

Respecto al efecto de cosa juzgada que producen las sentencias de la Corte respecto de otros tribunales (nacionales o internacionales), es necesario tener en cuenta que el Estatuto de Roma no sigue una teoría objetiva (en inglés, “*conduct based*”) de la cosa juzgada⁵²⁶, por lo que una persona podría ser juzgada por otra Corte siempre y cuando no se le acuse de genocidio, crímenes de guerra, crimen de agresión o crímenes de lesa humanidad, aunque los nuevos cargos que se le acusen se basen en los mismos hechos que sirvieron de base para

⁵²⁵ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 20.

⁵²⁶ FINLAY. Op. Cit., p. 229.

un procedimiento ante la CPI⁵²⁷, lo que es de toda lógica por cuanto una interpretación distinta conlleva la creación de una laguna del derecho en tanto los crímenes cometidos, por ejemplo, sin intención genocida, no podrían ser juzgados incluso si se prueba que aquellos se cometieron⁵²⁸. Así, es claro que se permite la persecución sobre los crímenes ordinarios que se basen en las mismas conductas que sirven de base para procesar a un sujeto por los crímenes de los artículos 5 y siguientes del Estatuto de Roma⁵²⁹, evitando entonces la impunidad de crímenes que pueden haber sido cometidos sin la intención específica que requiere el Estatuto, tales como crímenes de violación, secuestro, homicidio, etc⁵³⁰.

Por otro lado, respecto del efecto de cosa juzgada que producen las sentencias de la Corte respecto de sí misma (contemplado en el primer párrafo del art. 20 del Estatuto), es menester referirse, en primer lugar, al momento en que se entiende que una sentencia de la Corte produce efecto de cosa juzgada (lo cual difiere si se toma un enfoque de tradición continental o, por el contrario, del *common law*) y, en segundo lugar, a la forma en que opera el recurso de revisión (el cual debe entenderse como una excepción al principio de cosa juzgada).

Sobre el primer punto, es necesario definir cuándo nos encontramos ante una sentencia firme, pues sólo aquellas producen cosa juzgada. Si se sigue la tradición continental, estamos ante una sentencia firme cuando ha transcurrido el plazo de 30 días sin que se presente recurso de apelación, o cuando aquel ya ha sido fallado⁵³¹. Sin embargo, por regla general, en el *common law* se considera que una sentencia se encuentra firme al ser dictada; es decir, nos encontramos ante sentencias firmes o finales en primera instancia⁵³², pues en aquellos sistemas la apelación no se considera una continuación del proceso.

Por la forma en que el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba abordan el recurso de apelación, es posible señalar que no nos encontramos ante una sentencia firme sino hasta que ha transcurrido el plazo para presentar un recurso de apelación sin que ello haya ocurrido, o cuando aquellos han sido interpuestos y fallados por la Sala de Apelaciones⁵³³, lo que permite sostener que, al menos en lo relativo al sistema de apelación, el Estatuto de Roma tiene mayor influencia del derecho continental.

⁵²⁷ Ibid.

⁵²⁸ Ibid., p. 231

⁵²⁹ Ibid.

⁵³⁰ Ibid., p. 232.

⁵³¹ MARSHALL. Op. Cit., p. 1.

⁵³² MARSHALL. Op. Cit., p. 32.

⁵³³ CAMARGO. Op. Cit., 130.

Una cuestión más interesante guarda relación con el recurso de revisión, establecido en el artículo 84 del Estatuto de Roma. Este artículo señala:

“1. El condenado o, después de su fallecimiento, el cónyuge, los hijos, los padres o quien estuviera vivo al momento de la muerte del acusado y tuviera instrucciones escritas del acusado de hacerlo, o el Fiscal en su nombre, podrá pedir a la Sala de Apelaciones que revise la sentencia definitiva condenatoria o la pena por las siguientes causas:

a) Se hubieren descubierto nuevas pruebas que:

i) No se hallaban disponibles a la época del juicio por motivos que no cabría imputar total o parcialmente a la parte que formula la solicitud; y

ii) Son suficientemente importantes como para que, de haberse valorado en el juicio, probablemente hubieran dado lugar a otro veredicto;

b) Se acabare de descubrir que un elemento de prueba decisivo, apreciado en el juicio y del cual depende la condena, era falso o habría sido objeto de adulteración o falsificación;

c) Uno o varios de los jueces que intervinieron en la sentencia condenatoria o en la confirmación de los cargos han incurrido, en esa causa, en una falta o un incumplimiento de sus funciones de gravedad suficiente para justificar su separación del cargo de conformidad con el artículo 46”⁵³⁴.

Como puede apreciarse, este artículo descarta la posibilidad de que una sentencia firme sea revisada por cambios en el derecho aplicable (lo cual sólo se permite antes de que exista sentencia condenatoria⁵³⁵), con lo que se evita el debate que existió sobre la posibilidad de que un cambio en la jurisprudencia de la Corte (específicamente de la Sala de Apelaciones) -que fuese en favor del sujeto condenado- abriese la posibilidad de revisar el fallo⁵³⁶, en tanto ello constituiría, para los países de tradición jurídica anglosajona, una suerte de cambio de derecho.

La segunda parte del art. 84 señala:

⁵³⁴ ESTATUTO DE ROMA. Op. Cit., art. 84.

⁵³⁵ Ibid., art. 24.

⁵³⁶ THEOFANIS, R. The doctrine of Res Judicata in International Criminal Law. En: *International Criminal Law Review*. 2003, no. 3, pp. 195-216.

“2. La Sala de Apelaciones rechazará la solicitud si la considera infundada. Si determina que la solicitud es atendible, podrá, según corresponda:

a) Convocar nuevamente a la Sala de Primera Instancia original;

b) Constituir una nueva Sala de Primera Instancia; o

c) Mantener su competencia respecto del asunto, para, tras oír a las partes en la manera establecida en las Reglas de Procedimiento y Prueba, determinar si ha de revisarse la sentencia”.

Como puede apreciarse, en caso de que la solicitud de revisión que interponga el condenado (o cualquiera de los legitimados activos que contempla el artículo 84 del Estatuto) sea acogida, es posible “retrotraer” el procedimiento convocando nuevamente a una Sala de Enjuiciamiento de Primera Instancia. En ese sentido, las Reglas de Procedimiento y Prueba señalan que:

“A los efectos de la audiencia, la Sala ejercerá, *mutatis mutandis*, todas las atribuciones de la Sala de Primera Instancia de conformidad con la Parte VI y las reglas relativas al procedimiento y la presentación de pruebas en la Sala de Cuestiones Preliminares y la Sala de Primera Instancia”.

Ello conlleva un perjuicio importante tanto para las víctimas que participaron activamente en el proceso como para las que hubiesen participado sólo como testigos, porque las revictimiza al someterlas nuevamente a un procedimiento como fuentes de prueba. Esta situación se torna más grave si se tiene en cuenta que hay procesos que duran más de 10 años desde los inicios de la investigación hasta la dictación de una sentencia firme.

Así, la posibilidad de tener que volver a testificar y servir nuevamente como fuentes de prueba después de que hubiese acabado el proceso, implica, *per se*, inseguridad para las víctimas. Si esa situación se hace efectiva, la revictimización se agrava. Por ello, la posibilidad de “reiniciar” el proceso, incluyendo la presentación de pruebas, debiese eliminarse del Estatuto de Roma, contemplándose únicamente la posibilidad de dictar una nueva sentencia. No obstante, mientras no se elimine, su uso debe ser extremadamente excepcional, cumpliendo con los objetivos de no revictimización de la Corte.

9. Conclusiones

Una revisión exhaustiva del derecho penal internacional, y específicamente de su rama procesal, permite poner en tela de juicio muchos aspectos que suelen no cuestionarse. Ello es todavía más claro si el análisis se hace desde una perspectiva interseccional, es decir, que toma en cuenta diversos factores de discriminación que afectan en forma especial a distintas personas (y comunidades) a lo largo de la historia.

En ese sentido, si bien suele señalarse que el derecho penal internacional es “vanguardista”, en tanto ha buscado avanzar en el reconocimiento de quienes se han visto, históricamente, más vulnerados, intentando perseguir a quienes han cometido los crímenes más atroces de la humanidad como una forma de hacer justicia, es cuestionable que ello sea efectivo. Ciertamente, en sus inicios -con los Juicios de Nuremberg-, el derecho penal internacional fue pensado por las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, y contaron con una influencia preponderante del *common law*, lo cual se vio reflejado no sólo en los juicios que se llevaron ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, sino también en los procesos penales ante los tribunales penales internacionales *ad hoc*, los cuales también siguieron un proceso que se identificaba más con el derecho anglosajón que con cualquier otra tradición jurídica.

Es menester reconocer que la influencia decisiva de la tradición jurídica anglosajona en los procesos penales internacionales se fue, paulatinamente, atenuando, y con ello fueron integrándose más aspectos de la tradición jurídica continental. Sin embargo, en este proceso sólo hubo una integración entre las dos tradiciones jurídicas más importantes, en tanto tienen una posición hegemónica respecto de otras tradiciones legales. Si bien puede señalarse que el proceso penal ante la Corte Penal Internacional es verdaderamente ecléctico, por cuanto se compone de diversos aspectos tanto del *common law* como del *civil law*, también es cierto que ignora tradiciones jurídicas importantes, como el derecho musulmán. Tal como pudo apreciarse, esa situación es crítica si se considera los casos que ha conocido la Corte (los cuales han ocurrido, en su mayoría, en países que siguen la Ley Sharia), lo que demuestra que la Corte sigue inclinándose hacia una posición occidental y hegemónica. Ello trae problemas que van más allá de lo teórico y que repercuten directamente en la legitimidad de sus fallos, en tanto es normal que las naciones que no siguen un sistema jurídico “tradicional” vean las resoluciones como ajenas, impidiendo que aquellas tengan un efecto real en las comunidades afectadas.

Además, todavía hay partes importantes del proceso que se mantienen inspiradas casi únicamente por el derecho anglosajón, tales como las reglas sobre *disclosure inter partes*. Más importante aún es la concepción restringida del principio *non bis in ídem* y cosa juzgada, siguiendo las directrices del *common law*.

Por otro lado, en la creación del proceso ante la Corte Penal Internacional también tuvo influencia la experiencia de los antiguos tribunales penales internacionales especiales, por cuanto se pudo evaluar el impacto práctico de seguir un modelo propio del *common law* o del *civil law*. Así, por ejemplo, dotar de mayores poderes inquisitivos a los jueces permitió que el caso Akayesu se convirtiese en un hito del derecho penal internacional.

Ahora bien, es claro que la experiencia que entregan los antiguos tribunales especiales va mucho más allá sobre los beneficios de seguir un modelo que se incline hacia la tradición jurídica anglosajona o continental: dichos tribunales establecieron precedentes importantes que representaron un avance para la comunidad internacional, especialmente respecto de quienes han sido, históricamente, ignorados por el derecho internacional, por lo que es importante que la CPI no sólo respete dichos avances, sino que los continúe y profundice, lo cual sólo puede lograrse si se juzga con perspectiva interseccional.

Ahora bien, para que dicha Corte pudiese cumplir con la tarea que se le encomienda, resulta necesario también hacer adecuaciones en los aspectos procesales (tanto orgánicos como funcionales) que significaran un avance respecto de los antiguos tribunales penales *ad hoc*, de los cuales podían extraerse distintos aprendizajes (es decir, no se trata sólo de la actividad de los jueces, quienes deben juzgar con perspectiva interseccional, sino que también resulta necesario contar con un Estatuto que se los permita).

Por lo demás, deben tenerse en cuenta las particularidades de la CPI respecto de todos los antiguos tribunales penales internacionales: estamos ante la primera Corte permanente, universal y que se crea antes de la ocurrencia de los crímenes que está destinada a conocer y juzgar. Ello representa nuevos desafíos porque responde a una lógica distinta, y requiere aspectos procesales distintos que ayuden a conferirle legitimidad y contribuyan a sus objetivos, permitiéndole alcanzar justicia para todos.

Una de las preocupaciones esenciales de la Corte debe ser su relación constante con los sistemas nacionales y el derecho doméstico. En primer lugar, la única forma de que la CPI reafirme su universalidad es haciendo aplicación de principios generales del derecho de

todas las naciones, y no sólo de las naciones hegemónicas. Este es un problema al que no se enfrentaron los antiguos tribunales penales internacionales especiales, porque ellos no aspiraban a la universalidad, y la Corte hasta ahora no ha sabido llevarlo de manera óptima pues, a pesar de que la mayor parte de los casos que conoce han tomado lugar en naciones africanas y/o de población mayoritariamente musulmana, la CPI no ha aplicado en ninguna ocasión un principio general del derecho musulmán o tribal. Fundamentar una sentencia en principios ajenos puede traer consecuencias peyorativas para la Corte, y definitivamente va en contra de lo que se espera de una Corte universal.

Ahora bien, un aspecto todavía más controversial es la forma en que operará el principio de complementariedad -cuya aplicación se encuentra redactada de manera especialmente ambigua en el artículo 17 del Estatuto- que debe inspirar el actuar de la Corte. Esto tampoco fue un problema para los antiguos tribunales penales internacionales especiales porque su jurisdicción era principal, no subsidiaria, teniendo prioridad -por sobre los sistemas nacionales- para conocer de los crímenes de su competencia. A esto se suman los casos controversiales en que se puedan plantear cuestiones de competencia y podrán impedir que la Corte conozca de casos determinados ya sea por el lugar en que se cometieren determinados crímenes, o por la nacionalidad de quienes los hubieren perpetrado: al tratarse de una Corte creada por un tratado internacional, la competencia de la Corte se ve limitada por el consentimiento de los Estados que firman y ratifican el Estatuto de Roma. Por lo demás, cualquier aplicación de las normas relativas a cuestiones de competencia y admisibilidad que se haga sin perspectiva interseccional llevaría, derechamente, al resultado de proteger a países “privilegiados”, que cuentan con sistemas judiciales relativamente confiables a los ojos de la comunidad internacional.

Es importante que la Corte identifique las controversias que pueden surgir a partir de las cuestiones de admisibilidad, y procure utilizar una perspectiva interseccional (especialmente no hegemónica) al momento de resolverlos, porque conllevan un riesgo importante en tanto pueden favorecer a las naciones más poderosas, lo cual implica, a su vez, un perjuicio para las víctimas que pueden verse en la situación de no encontrar justicia ni en los sistemas nacionales ni en un eventual proceso ante la Corte Penal Internacional.

Por otra parte, una vez superada la fase de cuestiones preliminares (de competencia y admisibilidad), surgen nuevos problemas en el proceso mismo, los cuales son fácilmente identificables si se miran desde la perspectiva de las víctimas. Como se señaló en el ensayo,

el derecho penal internacional ha invisibilizado a las víctimas en tanto víctimas, siendo utilizadas únicamente como fuentes de prueba. Se ha ido avanzando en esa situación de manera progresiva, y tanto en el Estatuto de Roma como en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte se demuestra una preocupación especial por las víctimas de los crímenes más gravosos de la humanidad. Es más: la CPI cuenta con una Unidad de Víctimas y Testigos, un Reglamento sobre Protección a las Víctimas y una serie de normas que buscan evitar la revictimización.

Sin embargo, muchos de estos avances han quedado en el papel, sin reflejar una mejora en la realidad de las víctimas de crímenes tales como el genocidio, los crímenes de guerra o los de lesa humanidad. Esto ocurre por cuanto hay diversas instituciones procesales que pueden producir efectos peyorativos respecto de la situación de las mujeres (y, de hecho, así ha ocurrido), tales como su posibilidad limitada de intervenir en el procedimiento, las facultades para iniciar investigaciones con las que cuenta el Fiscal de la CPI, la regulación del proceso de reformulación de cargos, las reglas sobre prueba y *disclosure*, entre otras. Si bien todas estas son instituciones neutrales, si se aplican sin perspectiva interseccional, pueden perpetuar la discriminación que sufren las víctimas (afectando, de manera especial, a las víctimas de violencia sexual).

Ciertamente, en la teoría, esto puede contrarrestarse con las disposiciones relativas a la composición orgánica que contempla el Estatuto de Roma, que son vanguardistas en tanto procuran una composición equitativa de jueces y juezas de diversas naciones, que representen diversas tradiciones jurídicas. Sin embargo, se ha evidenciado que, a pesar de los resguardos, sigue habiendo problemas en la composición de la Corte, lo que afecta el proceso de *decision making*, e impide que ciertas decisiones fundamentales se tomen con perspectiva de género (como, por ejemplo, los fallos de los recursos de apelación).

Es posible ilustrar lo anterior analizando ciertos casos que ha conocido y fallado la Corte, en los cuales se puede observar que la Corte continúa ignorando la situación de quienes más necesitan encontrar resguardo en la justicia, ya sea porque no se han iniciado casos en situaciones donde ello parece absolutamente necesario, como en la situación de Boko Haram en Nigeria, porque cuando se han iniciado casos se han invisibilizado los intereses de las víctimas, como en el Caso Banda, o porque simplemente no se ha fallado con perspectiva de género, como en el Caso Bemba.

En realidad, una revisión exhaustiva permite observar que los problemas teóricos y prácticos están entrelazados y repercuten conjuntamente en los casos que ha llevado la Corte. Así, por ejemplo, las facultades de no iniciar una investigación con las que cuenta la Fiscal, sumada a la reciente jurisprudencia de la Sala de Apelaciones de la Corte en lo relativo a las exigencias de evidencia en los casos de violencia sexual y de género, permite explicar, al menos en parte, por qué hasta el día de hoy no se han iniciado investigaciones por crímenes de violencia de género (como persecución por género) o violencia sexual (como violación o esclavitud sexual) en el caso de Boko Haram en Nigeria. Y, a su vez, permite explicar por qué sí fue posible iniciar investigaciones relativas a la situación en Darfur, con el caso Banda.

En último lugar, es importante señalar cómo funciona el sistema recursivo y el reconocimiento del principio de cosa juzgada en la Corte Penal Internacional, entendiendo que existen falencias importantes si se realiza un análisis con perspectiva de género y no hegemónica. Así, la imposibilidad que tienen las víctimas de apelar, junto con la posibilidad de que se reinicie el proceso (debiendo realizarse nuevamente diligencias probatorias) demuestran un problema importante desde el punto de vista de las víctimas, y en especial de las víctimas de violencia de género. Por su parte, la forma en que opere el principio *non bis in ídem* entre las sentencias que se dicten en sistemas jurídicos nacionales y la competencia de la Corte puede llevar a situaciones altamente problemáticas desde un punto de vista no hegemónico, y repercutir en las aspiraciones de alcanzar justicia que puedan tener las víctimas.

Así, es posible apreciar que una mirada desde una perspectiva interseccional de los aspectos procesales de la Corte permite entender su funcionamiento y, a su vez, realizar una crítica a aquellos, con el objetivo de enmendar ciertos errores que se han cometido en la CPI. Sólo de esa manera es posible aspirar a una mejoría que se refleje en los próximos casos que la Corte deberá investigar.

Bibliografía

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa [2003]. Disponible en: http://www.achpr.org/files/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial/achpr33_guide_fair_trial_legal_assistance_2003_eng.pdf > [consulta: 26 junio 2019]

AL-AHRAM WEEKLY ONLINE, Boletín No. 547. Entrevista a Nabil Elaraby [2001]. Disponible en: <<http://weekly.ahram.org.eg/Archive/2001/547/index.htm>> [consulta: 02 mayo 2019]

ALI, Kadija. “Sexual and Gender Based Crimes in International Law: Moving Forwards or Backwards?”. *World Academy of Science, Engineering and Technology International Journal of Law and Political Sciences*. Nº 9 (2015): 3619-3623.

AMBOS, Kai. “The Right of Non-Self-Incrimination of Witnesses Before the ICC”. *Leiden Journal of International Law*. Nº 15 (2002): 155-177.

AMBOS, Kai. “International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed?”. *International Criminal Law Review*. Nº 3 (2003): 1-37.

AMBOS, Kai y MILLER, Dennis. “Structure and Function of the Confirmation Procedure before the ICC from a Comparative Perspective”. *International Criminal Law Review*. Nº 7 (2007): 335-360.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Reglamento de la Asamblea General [2016]. Disponible en: <https://www.un.org/es/ga/about/ropga/ropga_adms.shtml> [consulta: 02 junio 2019]

BA, Oumar. What Jean-Pierre Bemba's acquittal by the ICC means [2018]. Disponible en: <<https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/jean-pierre-bemba-acquittal-icc-means-180612121012078.html>> [consulta: 02 mayo 2019]

BADAR, Mohamed. “Islamic Law (*Shari'a*) and the Jurisdiction of the International Criminal Court”. *Leiden Journal of International Law*. Nº 24 (2011): 411-433.

BELTZ, Amanda. “Prosecuting Rape in International Criminal Tribunals: The Need to Balance Victim’s Rights with the Due Process Rights of the Accused”. *Journal of Civil Rights and Economic Development*. Nº 23 (2008): 167-209.

BENSOUDA, Fatou. Speech by Fatou Bensouda at the 52nd Munich Security Conference [2016]. Disponible en: <<https://www.securityconference.de/en/activities/munich-security-conference/munich-security-conference/msc-2016/speeches/speech-by-fatou-bensouda/>> [consulta: 13 diciembre 2018]

BERGER, Mark. "The Right to Silence in the Hague International Criminal Courts". *University of San Francisco Law Review*. N° 47 (2012): 1-54.

BLIZZARD, Thadd. Book Review: Gender and Judging. *Hastings Women's Law Journal*. N° 25 (2014), pp. 267-304.

BORDALÍ, Andrés. "El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° 33 (2009): 263-302.

BRIGHTON, Claire. "Avoiding Unwillingness: Addressing the Political Pitfalls Inherent in the Complementarity Regime of the International Criminal Court". *International Criminal Law Review*. N° 12 (2012): 629-664.

BURKE-WHITE, William. "Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice". *Harvard International Law Journal*. N° 49 (2008): 53-108.

CAMARGO, Pedro. *Manual de Derecho Penal Internacional*. 1era Edición. Bogotá: Leyer, 2004. 570p. ISBN 9587110978

CARMONA, Encarnación. *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*. 1era Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015. pp. 302. ISBN 9788425916793.

CÁRDENAS, Claudia. "Revisión crítica del criterio "interés de la justicia" como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional". *Revista de Derecho UCN*. N° 18 (2011): 21-47.

CARTER, Linda. "The future of the International Criminal Court: complementarity as strength or a weakness?". *Washington University Global Studies Law Review*. N° 12 (2013): 451-473.

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de julio de 2004, decisión sobre Fondo, Reparaciones y Costas.

CHARAI, Ahmed. *La Corte Penal Internacional: Un Experimento Fallido* [2018]. Disponible en: <<https://israelnoticias.com/editorial/corte-penal-internacional/>> [consulta: 02 abril 2019]

CHINKIN, Christine. "Due Process and Witnesses Anonymity". *American Journal of International Law*. Nº 91 (1997) 75-79.

CHRISTENSEN, Robert. "Getting to Peace by Reconciling Notions of Justice: The Importance of Considering Discrepancies between Civil and Common Legal Systems in the Formation of the International Criminal Court". *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*. Nº 6 (2001): 391-423.

CHRISTIAN, Emily. "Violations of the International Criminal Law in the Israeli-Palestinian Conflict: Why the ICC should not prosecute in the interests of justice". *Temple Int'L & Comp. L.J.* Nº 29 (2015): 275-307.

CLARK, Janine. "Making Sense of Wartime Rape: A Multi-causal and Multi-level Analysis". *Ethnopolitics*. Nº 13 (2014): 461-482.

CLARK, Janine. "Transitional Justice as Recognition: An Analysis of the Women's Court in Sarajevo". *International Journal of Transitional Justice*. Nº 10 (2015): 67-87.

CLARK, Janine. "The First Rape Conviction at the ICC: An Analysis of the Bemba Judgment". *Journal of International Criminal Justice*. Nº 14 (2016): 667-687.

COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. La Corte Penal Internacional y los Tribunales Penales Ad Hoc [2005]. Disponible en: <http://www.iccnw.org/documents/FS-CICC-AdHocTribunals_Sept05_SP.pdf> [consulta: 12 diciembre 2018]

COLLINS, Paul, MANNING, Kenneth y CARP, Robert. Gender, Critical Mass and Judicial Decision Making. *Law and Policy*. Nº 32 (2010), pp. 260-281.

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 4 de noviembre de 1950.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 22 de noviembre de 1969.

COPELON, Rhonda. "Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International". *McGill Law Journal*. Nº 46 (2000): 217-240.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad [2010]. Disponible en:

<<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privacion-libertad.pdf>> [consulta: 27 junio 2019]

CORTE SUPREMA DE CHILE. Sentencia 24 de diciembre de 2007, Rol 5415-2007 [2007]. Disponible en: <<https://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-244026430>> [consulta: 02 mayo 2019]

CRENSHAW, Kimberle. "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color". *Stanford Law Review*. N° 43 (1991): 1241-1299.

CRYER, Robert. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 1era Edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. 618p. ISBN 9781107698833

DALBY, Ned. In Search of the Kamajors, Sierra Leone's Civilian Counter-insurgents. Disponible en: <<https://www.crisisgroup.org/africa/west-africa/sierra-leone/search-kamajors-sierra-leones-civilian-counter-insurgents>> [consulta: 13 diciembre 2018]

DASTUGUE, Margaux. "The Faults in Fair Trials: An Evaluation of Regulation 55 at the International Criminal Court". *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. N° 48 (2015): 273-306.

DE BROUWER, Anne-Marie. "The Problem of Witness Interference before International Criminal Tribunals". *International Criminal Law Review*. N° 15 (2015): 700-732.

DEFRANCIA, Cristian. "Due Process in International Criminal Courts: Why Procedure Matters". *Virginia Law Review*. N° 87 (2001): 1381-1439.

DE GUZMÁN, Margaret. Is the ICC Targeting Africa Inappropriately? A Moral, Legal, and Sociological Assessment. En: STEINBERG, Richard. *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court*. Leiden: Koninklijke Brill, 2016. pp. 333-338.

DEL RÍO, Carlos. "Deber de Congruencia (Rectius, Correlación) de la Sentencia Penal y Objeto del Proceso: Un Problema no Resuelto en la Ley e Insoluble para la Jurisprudencia Chilena". *Revista Ius et Praxis*. N° 2 (2008): 87-125.

DRUMBL, Mark y GALLANT, Kenneth. "Appeals in the Ad Hoc International Criminal Tribunals: Structure, Procedure, and Recent Cases". *The Journal of Appellate Practice and Process*. N° 3 (2001): 589-659.

DUGARD, John. "Palestine and the International Criminal Court: Institutional Failure or Bias?". *Journal of International Criminal Justice*. N° 11 (2013): 563-570.

EPSTEIN, Lee. "Some Thoughts on the Study of Judicial Behavior". *William and Mary Law Review*. N° 57 (2010): 2017-2073.

ESTATUTO DE ROMA, 17 de julio de 1998, CTNU XVIII, Volumen 2187.

EXPÓSITO, Carmen. "¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España". *Investigaciones Feministas*. N° 3 (2012): 203-222.

FABIJANIC GAGRO, Sandra. "The Crime of Rape in the ICTY's and the ICTR's Case-Law". *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagreb*. N° 60 (2010): 1309-1334.

FINLAY, Lorraine. "Does the International Criminal Court Protect Against Double Jeopardy: An Analysis of Article 20 of the Rome Statute". *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*. N° 15 (2009): 221-248.

FOKA, Frédéric. Analysis of Jean-Pierre Bemba's Acquittal by the International Criminal Court [2018]. Disponible en: <<https://www.accord.org.za/conflict-trends/analysis-of-jean-pierre-bembas-acquittal-by-the-international-criminal-court/>> [consulta: 02 mayo 2019]

FOULADVAND, Shahrzad. "Complementarity and Cultural Sensitivity: Decision-Making by the ICC Prosecutor in the Darfur Situation". *International Criminal Law Review*. N° 14 (2014): 1028-1066.

FRIMAN, Hakan. "The International Criminal Court and Participation of Victims: A Third Party of the Proceedings?". *Leiden Journal of International Law*. N° 22 (2009): 485-500.

GAETA, Paola. "The defence of superior orders: The Statute of the International Criminal Court versus customary international law". *European Journal of International Law*. N° 10 (1999): 172-191.

GARKAWE, Sam. "Victims and the International Criminal Court: Three Major Issues". *International Criminal Law Review*. N° 3 (2003): 345-367.

GARRIDO, María Isabel. La predecibilidad de las decisiones judiciales. *Revista Ius et Praxis*. N° 15 (2009), pp. 55-72.

GASCÓN I., Fernando. “Características de los grandes sistemas de investigación penal del Derecho comparado”. *Cuadernos Digitales de Formación*. Nº 1 (2011): 1-25.

GREENAWALT, Alexander. “Complementarity in Crisis: Uganda, Alternative Justice, and the International Criminal Court”. *Virginia Journal of International Law*. Nº 50 (2009): 107-162.

GUERRERO P., Salvador. “Common and Civil Law Traditions on Victims’ Participation at the ICC”. *International Journal of Procedural Law*. Nº 4 (2014): 217-235.

HALL, Christopher. “The Powers and Role of the Prosecutor of the International Criminal Court in the Global Fight against Impunity”. *Leiden Journal of International Law*. Nº 14 (2004): 121-139.

HASKELL, John. “The Complicity and Limits of International Law in Armed Conflict Rape”. *Boston College Third World Law Journal*. Nº 29 (2009): 35-84.

HASLAM, Emily y EDMUNDS, Rod. “Victim Participation, Politics and the Construction of Victims at the ICC: Reflections on the Proceedings in Banda and Jerbo”. *Melbourne Journal of International Law*. Nº 14 (2013): 727-747.

HOLMES, John. The Principle of Complementarity. En: LEE, Roy. The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations and Results. La Haya: Kluwer Law International. 1999. pp. 41-55.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julian. *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I*. 1era Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. 640p. ISBN 9789561014025

HUMAN RIGHTS WATCH. Sudan Situation. Disponible en: https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/sudan_6.pdf [consulta: 13 diciembre 2018]

HUMAN RIGHTS WATCH/AFRICA, HUMAN RIGHTS WATCH WOMEN’S RIGHTS PROJECT, FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L’HOMME y HUMAN RIGHTS WATCH. *Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*. 1era Edición. Nueva York: Human Rights Watch, 1996. ISBN 1-56432-208-4.

HUMAN RIGHTS WATCH. Israel and Palestine Situation. Disponible en: <https://www.hrw.org/sites/default/files/israelopt_0.pdf> [consulta: 13 diciembre 2018]

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Information and outreach for affected communities of the situation in the state of Palestine. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/palestine>> [consulta: 28 abril 2019]

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Cases. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx>> [consulta: 13 diciembre 2018]

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Banda Case Information Sheet. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/BandaEng.pdf>> [consulta: 13 diciembre 2018]

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Bemba Case Information Sheet. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf>> [consulta: 13 diciembre 2018]

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Bemba et al Case Information Sheet. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/Bemba-et-alEng.pdf>> [consulta: 13 diciembre 2018]

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Preliminary Examination on Palestine. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/palestine>> [consulta: 02 mayo 2019]

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Public redacted version of “Registry’s Initial Report on Information and Outreach Activities Concerning Victims and Affected Communities in the Situation in the State of Palestine” – Pre-Trial Chamber [2018]. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf>> [consulta: 13 diciembre 2018]

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Understanding the International Criminal Court. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/publications/uicceng.pdf>> [consulta: 01 abril 2019]

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Rules of Procedure and Evidence. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf>> [consulta: 02 junio 2019]

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. How the Court Works. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works>> [consulta: 03 junio 2019]

IBISH, Hussein. May is likely to be an ugly month in Gaza [2018]. Disponible en: <<https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-04-04/israel-palestine-gaza-violence-is-about-to-get-worse>> [consulta: 02 mayo 2019]

JACKSON, Robert. *Report of Robert H. Jackson – United States Representative to the International Conference on Military Trials*. Londres [1945]. Disponible en: <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/jackson-rpt-military-trials.pdf> [consulta: 01 abril 2019]

JALLOH, C. “Africa and the International Criminal Court: Collision Course or Cooperation?”. *North Carolina Central Law Review*. N° 34 (2012): 203-229.

JASINSKI, Wojciech. Admissibility of Illegally Obtained Evidence in Proceedings before International Criminal Courts. *En: KRZAN, Bartłomiej. Prosecuting International Crimes: A Multidisciplinary Approach*. Leiden, Brill Publishers, 2016. 314p.

JOHNSON, Scott. “On the road to disaster: the rights of the accused and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”. *International Legal Perspectives Journal*. N° 10 (1998): 111-192.

KELLER, Linda. “Comparing the “Interests of Justice”: What the International Criminal Court Can Learn from New York Law”. *Washington University Global Studies Law Review*. N° 12 (2013): 1-39.

KELLY, Siobhan. “The Role of Victims in the International Criminal Court: Challenges & Opportunities”. *New England Journal of International & Comparative Law*. N° 18 (2012): 243-263.

KENNEDY, Duncan. “Notas sobre la historia de los CLS en los Estados Unidos”. *Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 11 (1992): 283-293.

KHASHAN, Ali. Declaration Recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court from Ali Khashan, Minister of Justice, Palestinian National Authority [2009]. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf>> [consulta: 01 mayo 2019]

KIM, Sangkul. “The Witness Protection Mechanism of Delayed Disclosure at the Ad Hoc International Criminal Tribunals”. *Journal of East Asia and International Law*. N°9 (2016): 53-73.

KING, Elizabeth. “Does Justice Always Require Prosecution? The International Criminal Court and Transitional Justice Measures”. *George Washington International Law Review*. N° 45 (2013): 85-120

KUSCHNIK, Bernhard. “International Criminal Due Process in the Making: New Tendencies in the Law of Non-Disclosure in the Proceedings before the ICC”. *International Law Review*. N° 9 (2009): 157-185.

LA BARBERA, MariaCaterina. “Interseccionalidad, un concepto viajero: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea”. *Revista Interdisciplina UNAM*. N N° 8 (2016): 105-122.

LANGA, Alfredo. “Aproximación al conflicto armado en el Gran Darfur”. *Revista de Paz y Conflictos*. N° 8 (2015): 151-178.

LANGLAUDE, Sylvie. “Indoctrination, Secularism, Religious Liberty and the ECHR”. *International and Comparative Law Quarterly*. N° 55 (2006): 929-944.

LAZAROFF, Tovah. Netanyahu: It’s absurd for ICC to put U.S. or Israeli soldiers on trial [2019]. Disponible en: <<https://www.jpost.com/Israel-News/Netanyahu-Its-absurd-for-ICC-to-put-US-or-Israeli-soldiers-on-trial-586805>> [consulta: 28 abril 2019]

LEHR-LEHNARDT, Rana. “One Small Step for Women: Female-Friendly Provisions in the Rome Statute of the International Criminal Court”. *B.Y.U Journal of Public Law*. N° 16 (2002): 317-354.

LÓPEZ-JACOISTE, Eugenia. “La Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Intervención de la CPI en la Crisis de Darfur: ¡A la Sexta va la Vencida!”. *Revista Española de Derecho Internacional*. N° 57 (2005): 489-495.

MACKINNON, Cathernie. “Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu”. *Columbia Journal of Transnational Law*. N° 44 (2006): 940-958.

MARSHALL, Peter. “A Comparative Analysis of the Right to Appeal”. *Duke Journal of Comparative & International Law*. N° 22 (2011): 1-46.

METTRAUX, Guenael. *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*. 1era Edición. Oxford: Oxford University Press, 2006. 476p. ISBN 9780199271559

MCGONIGLE, Brianne. *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*. 1era Edición. Nueva Jersey: Intersentia, 2011. 452p. ISBN 1780680201

MCKEOWN, Tessa. "The Nuremberg Trial: Procedural Due Process at the International Military Tribunal". *Victoria University of Wellington Law Review*. N°45 (2014): 109-132.

MÉGRET, Frederic. "Beyond "Fairness": Understanding the determinants of International Criminal Procedure". *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*. N° 14 (2009): 37-76.

MNOOKIN, Robert. "Rethinking the Tension Between Peace and Justice: the International Criminal Court Prosecutor as Diplomat". *Harvard Negotiation Law Review*. N° 18 (2012): 12-21.

MOUTHAN, Solange. "Victim Participation at the ICC for Victims of Gender-Based Crimes: A Conflict of Interest?". *Cardozo Journal of International and Comparative Law*. N° 21 (2013): 619-651.

NOUWEN, Sarah, y WERNER, Wouter. "Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan". *The European Journal of International Law*. N° 21 (2011) 941-965.

NÚÑEZ, Álvaro. Teorías Críticas del Derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica. *Anuario de la Filosofía del Derecho*. N° 26 (2010), pp. 413-434.

OFFICE OF THE PROSECUTOR OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. 2007. Policy Paper on the Interest of Justice.

OFFICE OF THE PROSECUTOR OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. 2014. Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes.

OFFICE OF THE PROSECUTOR OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. 2014. Situation in Nigeria: Article 5 Report.

OFFICE OF THE PROSECUTOR OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals*

Chamber acquitting Mr Jean-Pierre Bemba Gombo [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat>> [consulta: 13 diciembre 2018]

OOSTERVELD, Valerie. “Gender, Persecution, and the International Criminal Court: Refugee Law’s Relevance to the Crime against Humanity of Gender-Based Persecution”. *Duke Journal of Comparative & International Law* N° 17 (2006) 59-89.

OOSTERVELD, Valerie. “Lessons from the Special Court for Sierra Leone on the Prosecution of Gender-Based Crimes”. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*. N° 17 (2009): 407-430.

OOSTERVELD, Valerie. “The Influence of Domestic Legal Traditions on the Gender Jurisprudence of International Criminal Tribunals”. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*. N° 2 (2013): 825-849.

OOSTERVELD, Valerie. “The ICC Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes: A Crucial Step for International Criminal Law”. *William & Mary Journal of Women and the Law*. N° 24 (2018): 443-457.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. International Courts and Tribunals and the Rule of Law [2019]. Disponible en: <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/international-law-courts-tribunals/international-courts-and-tribunals/> [consulta: 02 mayo 2019]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia [2010]. Disponible en: <http://legal.un.org/icjsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1_add3.pdf> [consulta: 02 junio 2019]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Miembros de las Naciones Unidas. Disponible en: <<https://www.un.org/en/sections/member-states/about-un-membership/index.html>> [consulta: 02 junio 2019]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. AG, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General - Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999.

PENAGOS, Sandra y SÁNCHEZ, Juan Carlos. *El non bis in ídem y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 1era Edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2007. 202p. ISBN 9789588297613

PERRIN, Benjamin. "Making sense of Complementarity: the relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions". *Sri Lanka Journal of International Law*. N° 2 (2006): 301-325.

PIZZI, William. "Victims' Rights: Rethinking Our "Adversary System". *Utah Law Review*. N° 2 (1999): 349-367.

POWELL, Emilia y MITCHELL, Sara. "The Creation and Expansion of the International Criminal Court: A Legal Explanation". *Midwest Political Science Association Conference: 3 a 6 de abril*. Chicago, 2008, pp. 1-49.

RAJESH, Anuradha. "Victims in the International Criminal Court: vindicated or vanquished?". *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*. N° 120 (2009): 120-150.

RANGEL, Andre. "Causas del genocidio de Darfur: Un análisis basado en el modelo de Bárbara Harf". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. N° 228 (2016): 365-390.

RIZVI, Husna. An insider's view: 'Israeli-Palestinian negotiations are a waste of time' [2019]. Disponible en: <<https://newint.org/features/2019/02/07/insiders-view-israeli-palestinian-negotiations-are-waste-time>> [consulta: 02 mayo 2019]

ROJO, Pía. Crímenes internacionales y jurisdicción universal: ventajas y desventajas de un juzgamiento por parte de los tribunales internos de cada Estado. (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago). 2016. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 353p.

SAAVEDRA, Yuria. 2007. Garantías Judiciales Penales en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. *En*: GARCÍA, Sergio. e ISLAS DE GONZÁLEZ, Olga. Panorama Internacional sobre Justicia Penal: Política criminal, derecho penal y criminología. Ciudad de México, UNAM, 668p.

SANTACRUZ, Roberto y SANTACRUZ, David. "El nuevo rol de la víctima en el sistema penal acusatorio en México". *Revista de Derecho UCUDAL*. N° 17 (2018): 85-112.

SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*. 1era Edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. 610p. ISBN 1107590175.

SCHABAS, William. Human rights and international criminal law. En su: The Cambridge Companion to International Criminal Law. Londres, Cambridge University Press, 2016. pp. 11-33.

SCHEFFER, David. "A Review of the Experiences of the Pre-Trial and Appeals Chambers of the International Criminal Court Regarding the Disclosure of Evidence". *Leiden Journal of International Law*. N° 21 (2008): 151-163.

SHANY, Yuval. "Seeking Domestic Help: The Role of Domestic Criminal Law in Legitimizing the Work of International Criminal Tribunals". *Journal of International Criminal Justice*. N° 11 (2013): 5-26.

SHAYO, Moses y ZUSSMAN, Asaf. "Judicial Ingroup Bias in the Shadow of Terrorism". *Quarterly Journal of Economics*. N° 126 (2010): 1447-1484.

SHELTON, Dinah. "Legal norms to promote the independence and accountability of international tribunals". *The law and Practice of International Courts and Tribunals*. N° 2 (2003): 27-62.

SCHULTZ, Ulrike y SHAW, Gisela. *Gender and Judging*. 1era Edición. Oxford: Bloomsbury, 2013. pp. 642. ISBN 978-1841136400.

SCHUON, Christine. *International Criminal Procedure - A Clash of Legal Cultures*. 1era Edición. La Haya: T.M.C. Asser Press, 2010. 385p. ISBN 9789067043007.

STAHN, Carsten. "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court". *Journal of International Criminal Justice*. N° 3 (2005): 695-720.

STAHN, Carsten. y VAN DEN HERIK, Larissa. *Future Perspectives on International Criminal Justice*. 1era Edición. La Haya: T.M.C. Asser Press, 2010. 800p. ISBN 9789067043090.

STEFFENSMEIER, Darrel. y BRITT, Chester. "Judges' Race and Judicial Decision Making: Do Black Judges Sentence Differently?". *Social Science Quarterly*. N° 82 (2001): 749-764.

SUKHAREV, Alexander. “The Nuremberg tribunal and the problems of international rule of law”. *Revue Internationale de Droit Pénal*. N° 77 (2006): 711-720.

SYMINGTON, Alison. “Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica”. *AWID - Revista Género y Derechos*. N° 9 (2004): 1-8.

TALLGREN, Immi y REISINGER, Astrid. Article 20: Ne bis in idem. *En: TRIFFTERER, Otto. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2da Edición. Oxford: Hart Publishing. 2008. pp. 669-699.

TELESUR. EE.UU sanciona a funcionarios de la Corte Penal Internacional [2019]. Disponible en: <<https://www.telesurtv.net/news/eeuu-sanciones-funcionarios-corte-penal-internacional-20190315-0028.html>> [consulta: 02 abril 2019]

THE GUARDIAN. Burundi becomes first nation to leave international criminal court [2017]. Disponible en: <<https://www.theguardian.com/law/2017/oct/28/burundi-becomes-first-nation-to-leave-international-criminal-court>> [consulta: 01 diciembre 2018]

THE GUARDIAN. Congolese warlord sentenced over witness bribing in Hague court first [2017]. Disponible en: <<https://www.theguardian.com/world/2017/mar/22/jean-pierre-bemba-jailed-bribing-witnesses-congolese-war-crimes>> [consulta: 13 diciembre 2018]

THEOFANIS, Rosa. “The doctrine of Res Judicata in International Criminal Law”. *International Criminal Law Review*. N° 3 (2003): 195-216.

The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu. TPIR 96-4-T (Tribunal Penal Internacional para Ruanda) [1998]. Disponible en: <<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>> [consulta: 01 octubre 2018]

The Prosecutor versus Norman, Fofana & Kondewa. SCSL 04-14-pT (Tribunal Especial para Sierra Leona) Decision on Prosecution Request for Leave to Amend the Indictment [2005] Disponible en: <<https://sierralii.org/sl/judgment/special-court/2006/119>> [consulta: 13 diciembre 2018]

The Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba et al. ICC Trial Chamber ICC-01/05-01/13 (Corte Penal Internacional, Sala de Enjuiciamiento) [2017]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_01420.PDF> [consulta: 13 diciembre 2018]

The Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba. ICC Appeals Chamber 01-05-01-08-T (Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones) [2018]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF> [consulta: 01 octubre 2018]

The Prosecutor versus Thomas Lubanga Dyilo. ICC Trial Chamber ICC-01/04-01/06 (Corte Penal Internacional, Sala de Enjuiciamiento) [2012]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_07872.PDF> [consulta: 13 marzo 2019]

The Prosecutor versus Thomas Lubanga Dyilo, ICC Appeals Chamber ICC-01/04-01/06-1486 (Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones) [2008]. Disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/pages/record.aspx?uri=578371>> [consulta: 01 abril de 2019]

The Prosecutor versus Thomas Lubanga Dyilo, ICC Trial Chamber ICC-01/04-01/06-T-98-ENG, (Status Conference, 3-4) (Corte Penal Internacional, Sala de Enjuiciamiento) [2008]. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/87bbd2/pdf/> [consulta: 02 abril 2019]

The Prosecutor versus Lubanga Dyilo, ICC Pre Trial Chamber ICC 01/04-01/06-1119, (Decision on Victims' Participation) (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I) [2008]

THOMAS, Leslie. The Prosecutors [Documental] Estados Unidos, ART WORKS Projects. [2018]. 96 min.

THOMSON, Janice. "State Sovereignty in International Relations: Bridging the Gap between Theory and Empirical Research". *International Studies Quarterly*. N° 39 (1995): 213-233.

THYNNE, Kelisiana. "The International Criminal Court: A Failure of International Justice for Victims". *Alberta Law Review*. N° 46 (2009): 957-981.

TINOCO, Ángel. "El Estatuto español de la víctima del delito y el derecho a la protección". *Processo Penale e Giustizia*. N° 6 (2015): 174-188.

TOBÓN, Vladimir. Principio de Congruencia en el sistema penal de tendencia acusatoria. Derecho de defensa vs. Objeto litigioso provisional. (Memoria para optar al título de Magíster en Derecho. Bogotá). 2011. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. 114p.

TRACHTMAN, Joel. “International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction”. *Harvard International Law Journal*. N° 34 (1993): 47-101.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Case Law Database. Disponible en: <<http://cld.irmct.org/notions/show/73/appeal-as-of-right>> [consulta: 03 junio 2018]

UNIVERSITAT AUTÓNOMA DE BARCELONA. Alerta – Conflictos armados [2012]. Disponible en: <<https://escolapau.uab.cat/img/programas/alerta/alerta/12/cap01e.pdf>> [consulta: 01 mayor 2019]

USACKA, Anita. “Building the International Criminal Court”. *Global Business & Development Law Journal*. N° 23 (2011): 225-242.

VALINA, Carmen. Interseccionalidad: definición y orígenes [2018]. Disponible en: <<https://perifericas.es/interseccionalidad/>> [consulta: 02 junio 2019]

VAN DEN WYNGAERT, Christine y STESENS, Guy. “The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions”. *International & Comparative Law Quarterly*. N° 48 (1999): 779-804.

VEGA, Paulina. “The role of victims in International Criminal Court proceedings: their rights and the first rulings of the Court”. *Sur – International Journal on Human Rights*. N° 3 (2006): 19-41.

VU, Nhu. “The Necessity of Maintaining Protective Measures in Balancing the Rights of Victims and the Accused”. *Eyes on the ICC*. N° 4 (2007): 23-43.

WALBY, Sylvia, ARMSTRONG, Jo. y STRID, Sofia. “Intersectionality: Multiple Inequalities in Social Theory”. *Lancaster Sociology Journal*. N° 46 (2012): 224-240.

WEBB, Philippa. “The ICC Prosecutor’s Discretion Not to Proceed in the “Interest of Justice”. *Criminal Law Quarterly*. N° 50 (2005): 305-348.

WELCH, Tim, HAIDER, Huma, MEENAGH, Martin y M’BOGE, Yassin. “Witness Anonymity at the International Criminal Court: Due Process for Defendants, Witnesses or Both”. *The Denning Law Journal*. N° 23 (2011): 29-46.

WORSTER, William. “The Exercise of Jurisdiction by the International Criminal Court Over Palestine”. *American University International Law Review*. N° 26 (2012): 1153-1209.

ZAPPALÁ, Salvatore. *Human Rights in International Criminal Proceedings*. 1era Edición. Oxford: Oxford University Press, 2005. 308p. ISBN 0199280932.

ZENN, Jacob y PEARSON, Elizabeth. “Women, Gender and the evolving tactics of Boko Haram”. *Journal of Terrorism Research*. N° 5 (Special Issue) (2014): 46-57.

ZOTA-BERNAL, Andrea. “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”. *Eunomía – Revista en Cultura de la Legalidad*. N° 9 (2016): 67-85.