

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

José Franco-Chasán, University of Augsburg

Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid

Anna Taitlin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaíso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Sara Arrazola, “La justicia penal en los procesos transicionales a la luz del Derecho Penal Internacional”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 18 (2021), pp. 12-37 (available at <http://www.glossae.eu>)

La justicia penal en los procesos transicionales a la luz del Derecho Penal Internacional

Transitional criminal procedures from the international criminal law perspective

Sara Arrazola
Universidad Rey Juan Carlos

ORCID iD: 0000-0003-4718-9552

Fecha de recepción: 10.2.2021

Fecha de aceptación: 9.4.2021

Resumen

El desarrollo del Derecho Penal Internacional (DPI) como elemento sancionador de los graves crímenes contra la humanidad, especialmente en la segunda mitad del siglo XX también ha generado un impacto en los procesos transicionales de justicia penal ya que ha otorgado al Estado naciente la posibilidad de eludir los enjuiciamientos a nivel nacional y, al mismo tiempo, cumplir con las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos y de lucha contra la impunidad.

Abstract

The development of International Criminal Law as a punitive element of the most serious crimes against humanity, intensely, in the second half of XXth century has given as a result a relevant influence in transitional criminal procedures because it has implied that the raising government can escape from the responsibility of national criminal procedures and, at the same time, it can accomplish its international human rights obligations and the assignment of fighting against impunity.

Palabras clave

Justicia transicional, Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, responsabilidad, democracia

Keywords

Transitional justice, International Criminal Law, International Human Rights Law, responsibility, democracy

Sumario: 1. Una primera aproximación a las manifestaciones del Derecho Penal Internacional. 2. Las aportaciones de los tribunales penales ad hoc a sus procesos transicionales. 2.1. El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. 2.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda. 3. Incidencia de los primeros instrumentos del Derecho Penal Internacional en la creación de la Corte Penal Internacional. 3.1. La Corte Penal Internacional: su papel en los procesos de transición. 3.2. Debido proceso legal. Influencia en el proceso e incorporación de las víctimas. 3.3. Incidencias efectivas de los procesos de la Corte Penal Internacional en procesos transicionales: reparaciones y aplicaciones futuras. Apéndice bibliográfico

1. Una primera aproximación a las manifestaciones del Derecho Penal Internacional

Hay dos elementos de conexión entre las ramas pertinentes del Derecho Internacional Público (DIP): el DPI como sancionador no estatal de las graves violaciones de Derechos Humanos, y el DIDH (Derecho Internacional de los Derechos Humanos) como garantía procesal en los procesos de DPI. Si bien desde el punto de vista histórico se encuentran algunos precedentes, lo que verdaderamente marca un hito dentro del DPI es la aprobación del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para la

“represión de los crímenes de guerra de los vencidos. La puesta en marcha de una represión de esta índole, cuyo instrumento principal ha sido el Tribunal Internacional de Nüremberg para los llamados ‘grandes criminales’, estaba destinada a sentar las bases de un nuevo derecho penal mundial.”¹

Supuso el reconocimiento a la existencia de una costumbre internacional, pero también supuso una reflexión acerca de lo que debería sustentar el incipiente DPI ya que el tribunal se calificó de parcial al sólo estar compuesto por jueces designados por las potencias vencedoras y sólo procesar a miembros del bando vencido, y delimitó la necesidad de dotar al DPI de una serie de mecanismos de garantía procesal, definición de los principios rectores y delimitación de aquellos componentes del derecho penal nacional que le serían aplicables ya que Bassiouni define el DPI como “el resultado de la convergencia de los aspectos internacionales de la legislación penal nacional de los Estados y de los aspectos penales de la legislación internacional.”²

Cada una de las etapas que ha sufrido el DPI entendido como una excepción al criterio típicamente penalista de la territorialidad desde que en 1870 Gustav Moynier propusiera la creación de un tribunal penal internacional de carácter permanente que juzgase a los infractores de las normas del *ius in bello*, hasta la definitiva instauración de la CPI ha realizado alguna aportación relevante en el objeto de estudio, de ahí que sea relevante su análisis:

En primer lugar, Nuremberg y Tokio. El Tratado de Versalles de 28 de Abril de 1919, determinó la creación del Tribunal de Nuremberg con el objetivo de juzgar a quienes realizasen una “*ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados*”, así como otros crímenes de guerra.³ Estos procesos se han asociado comúnmente con la idea de la justicia de los vencedores y se caracterizan, según Futamura⁴, por exigir sólo justicia en tiempo de paz, responsabilidad penal individual y registro histórico sin derivar en la aportación esencial que ya se ha remarcado acerca del concepto de la justicia transicional, es decir, la ayuda en la construcción de la paz. Quizás, el primer acercamiento a las contribuciones de estos tribunales en materia transicional debe realizarse partiendo de que se configuran con posterioridad a la finalización del

¹ Truyol y Sierra, A., *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Barcelona: F. Seix, 1955, p. 127.

² Bassiouni, C., “El Derecho Penal Internacional: historia, objeto y contenido”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 35 (1982), pp. 5-42, p. 6.

³ Benavides, L., “La Obligación de los Estados de reprimir los Crímenes de Guerra como parte de una Justicia Penal Internacional”, *Revista Mexicana de Derecho Público, Administrativo, Constitucional, Internacional*, 2 (2002), pp. 377-381.

⁴ Futamura, M., “Individual and Collective Guilt: Post-war Japan and the Tokyo War Crimes Tribunal”, *European Review* 4 (2006), pp. 471-483.

conflicto. En el caso de Nuremberg, la Declaración de Moscú ya recogía la pretensión de que los “responsables de atrocidades, masacres y ejecuciones o que habrían consentido en tomar parte de las mismas, serán enviados a los países en donde sus crímenes abominables hubieran sido perpetrados, a fin de ser juzgados y sancionados”⁵. Tras duras negociaciones, el 8 de agosto de 1945, las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial suscribían el Acuerdo de Londres para el Establecimiento de un Tribunal Militar Internacional con capacidad para delimitar una verdadera responsabilidad internacional por crímenes internacionales y sustentada sobre la rendición alemana y el entendimiento de que la irretroactividad era una norma pensada para la protección del inocente pero no para la protección del culpable⁶ ya que la principal actividad probatoria eran todos los archivos históricos del régimen nazi que certificaban o no directamente la responsabilidad de la cúpula, a saber, los únicos 21 acusados en el procedimiento.⁷ Se trató, en esencia, de un modelo punitivo y marcado por problemas acerca de la competencia de un tribunal que parecía tipificar conductas no incluidas en el DIP ni en el derecho nacional y creado *ad hoc* excluyendo, así, al juez natural.⁸ sobre el espíritu de los llamados Principios de Nuremberg y de las críticas contra ese modelo, se construiría después el modelo de la CPI.

Por otro lado, la constitución del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente o Tribunal de Tokio tuvo como precedente la instauración tras el acuerdo firmado en Moscú en 1945, de una Comisión para el Lejano Oriente, coordinada por Estados Unidos, compuesta por representantes políticos aliados y encargada de definir las políticas de la ocupación de Japón y un sistema de enjuiciamiento y ejecución de las sentencias contra culpables de crímenes de guerra. El 19 de enero de 1946, el General Mc Arthur dispuso la creación del Tribunal siguiendo las mismas categorías de crímenes internacionales empleadas en Nuremberg: crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad.⁹ La Comisión se encargó de determinar la vía de investigación, concretamente, concediendo a través de la Decisión sobre la política de Aprehensión, juicio y castigo de los criminales de guerra, que el General Mc Arthur tenía la atribución de establecer bajo su mandato una agencia de investigación.

Hay dos elementos importantes a tener en cuenta de estos dos procedimientos: por un lado, la labor casi justiciera pero vengativa de los procesos, que, en ningún caso, contemplaba una reparación o una participación de las víctimas; y por otro, por servir para la determinación de algunos principios esenciales del concebido como DPI destacando los siguientes: la responsabilidad penal individual con base en el DIP y no en el derecho nacional, la ausencia de eximente por razón del cargo oficial y la ausencia de eximente por acatamiento de órdenes.

En segundo lugar, los tribunales híbridos surgen a finales de los años 90 para dar una respuesta *ex post facto* a situaciones que no entraban en la competencia temporal

⁵ Gómez-Robledo, A., *Temas selectos de Derecho internacional*, 5ª ed, Ciudad de México: UNAM, 2008, pp. 751-752.

⁶ *Ibid.*, p. 756.

⁷ Conferencia a cargo de Rainer Huhle titulada *Justicia transicional: la experiencia de Nuremberg* en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires, 15 de diciembre de 2015.

⁸ Bassiouni, C., “Policy perspective favouring the establishment of the International Criminal Court”, *Journal of International Affairs* 52 (1999), pp. 795-810.

⁹ Prieto, R., *La internacionalización de la jurisdicción penal. De Versalles a Bagdad*, Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 2005, p. 30.

determinada por el Estatuto de la CPI; en este sentido, su característica principal es que no son ni enteramente nacionales ni enteramente internacionales, combinando características de ambos ordenamientos y definiéndose según Ambos y Othman como “acuerdos que representan un esquema de complementación entre los tribunales penales nacionales e internacionales que operan en la actualidad.”¹⁰ La configuración de estos tribunales responde, según Nouwen, a las deficiencias de ambos sistemas, a saber, la ausencia de capacitación de los tribunales nacionales bien por recursos bien por cuestiones políticas, para llevar a cabo los enjuiciamiento, y la falta de legitimidad social que enfrentan los tribunales penales internacionales al no ser próximos al contexto conflictivo.¹¹ En primer lugar, cabe reseñar los llamados Paneles de Dili en Timor Leste ya que esta acción híbrida y transicional ocurre en una situación no analizada hasta ahora, a saber, la ocupación del territorio de Timor Leste por Indonesia en 1975, la celebración de un referéndum sobre autonomía de la región en 1999, los resultados mayoritarios a favor de la plena independencia, la labor de represión y violencia emprendida por la potencia ocupante y la intervención de las Naciones Unidas a través de la creación el 25 de noviembre de 1999 por el Consejo de Seguridad mediante la Resolución 1272, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Leste (en adelante UNTAET)¹² con facultades ejecutivas, legislativas y judiciales, la presencia de un componente militar y el mandato de asegurar la capacidad de autogobierno de la región así como de sentar las bases para el desarrollo sostenible de la región. Según Rieger y Weirda, la constitución de los llamados Paneles de Dili una vez terminada la ocupación indonesia fue “una serie de respuestas ad hoc ante una situación crítica”¹³, más que una acción planificada aunque si se insertó dentro de las recomendaciones efectuadas por los Especialistas de la Comisión de Derechos Humanos.¹⁴ Así pues, el Representante Especial del Secretario General y Administrador de la Transición estableció los Paneles Especiales dentro de la Corte del Distrito de Dili con la Regulación n° 2000/15 con competencia *ratione materiae* en crímenes de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y tortura; y, alternativamente, *ratione personae* cuando el autor o la víctima fuese nacional de Timor Leste, o *ratione loci* cuando los hechos se hubieran cometido en el territorio nacional.

En segundo lugar, se encuentra el Tribunal Especial para Sierra Leona que se crea en un marco contextual muy particular ya que si bien el final de la guerra entre el Frente Revolucionario Unido y las autoridades nacionales no se declara hasta 2001 y los acuerdos de paz de Lomé de 1999 contemplan un indulto al líder del grupo revolucionario y a todos los miembros de las fuerzas combatientes, que sería matizado por el Representante Especial de Naciones Unidas desplegado en la región en el sentido de interpretar como fuera de la amnistía los crímenes internacionales de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otras serias violaciones al derecho internacional

¹⁰ Simposio a cargo de Eileen Skinnider titulado *Experiences and Lessons from Hybrid Tribunals: Sierra Leone, East Timor and Cambodia* en la Corte Internacional de Justicia el 3 y 4 de febrero de 2007.

¹¹ Nouwen, S., “Hybrid Courts: The Hybrid Category of a New Type of International Criminal Courts”, *Utrecht Law Review*, 2 (2006), pp. 190-214.

¹² Consejo de Seguridad, *Resolución 1272 por la que se establece la Administración de Transición de Naciones Unidas en Timor Leste*, 25 de octubre de 1999.

¹³ Reiger, C. y Wierda, M., *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect*, Prosecution Case Studies Series, New York, 2006.

¹⁴ Special Rapporteur, *Situation of human rights in East Timor*, Commission on Human Rights, 10 de diciembre de 1999, párr. 74.

humanitario¹⁵, ya en el año 2000, el gobierno estatal solicitó la ayuda de las Naciones Unidas para el establecimiento de una jurisdicción especial para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante la guerra civil; es decir, en un momento de regresión en el proceso transicional, las autoridades nacionales priman la implantación de un mecanismo de justicia. La resolución 1315 del Consejo de Seguridad daría pie a las negociaciones entre la Secretaría General de las Naciones Unidas y Sierra Leona como culmen a la intervención internacional comenzada con UNOMSIL y ampliada por la misión UNAMSIL, hasta culminar con el acuerdo de 16 de enero de 2002 por el que se acuerda el establecimiento de un tribunal híbrido con competencia concurrente pero jerárquicamente superior a la de los tribunales nacionales y capacidad para trasladar la sede si las circunstancias lo requirieran pero con una actuación inicial en el propio terreno local.¹⁶

En tercer lugar, las Cámaras Extraordinarias de Camboya, establecidas tras las políticas de desplazamientos forzados, trabajos forzosos, cierre y minaje de fronteras, campos de concentración y régimen de represión frente a los opositores del llamado gobierno de Pol Pot y la invasión vietnamita y la Guerra Civil en territorio camboyano. En 1993, tras los acuerdos de París entre los distintos partidos camboyanos y la conclusión de la, primero, Misión Avanzada de las Naciones Unidas en Camboya (UNAMIC) y, después, Autoridad Transicional Camboyana (UNTAC), se proclamó la Constitución del Reino de Camboya. No fue hasta 1997 que las autoridades camboyanas solicitaron apoyo de las Naciones Unidas para el establecimiento de un tribunal que enjuiciase los crímenes internacionales cometidos durante el régimen de los Jemeres Rojos o Pol Pot; no obstante, en este momento temporal, el planteamiento del informe del Grupo de Expertos para Camboya fue distinto entendiéndose que o bien se recurría a los mismos mecanismos activados para Ruanda y Yugoslavia, o bien la naturaleza del tribunal o jurisdicción especial debía ser de carácter nacional.¹⁷ En el año 2001, mediante una ley nacional se crearon las Cámaras Extraordinarias y no fue hasta el año 2004 cuando se enmendó la estructura y, si bien se mantuvo como en el caso de Dili, su incardinación dentro del organigrama judicial camboyano, su constitución y configuración personales pasaron a ser mixtas.¹⁸

En cuarto lugar, el Tribunal Especial para Líbano, Estado cuyas circunstancias desde 1975 hasta el establecimiento del Tribunal fueron de una especialidad, sucesión y connotaciones no tratadas hasta el momento puesto que paso por una guerra civil de quince años motivada por la división religiosa, a sufrir la ocupación de parte del territorio por Israel durante 18 años, a solicitar la presencia de tropas extranjeras sirias en el norte del territorio de 1976 a 2005 y a sufrir el surgimiento de un grupo armado, considerado por los Estados Unidos como grupo terrorista, de corte religioso y apoyado por el régimen iraní como es Hezbolá. Una Fuerza Provisional de Naciones Unidas fue desplegada sobre el terreno (FPNUL) pero la intervención de Naciones Unidas comenzaría realmente con la Comisión de investigación formada por la Resolución 1595 del Consejo de Seguridad

¹⁵ Secretario General, *Séptimo Reporte sobre la Misión de Observadores de Naciones Unidas en Sierra Leona*, Consejo de Seguridad, 31 de octubre del 2000.

¹⁶ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

¹⁷ Group of experts for Cambodia, *Report to General Assembly established in the resolution 52/135*, febrero 1999, párr. 134.

¹⁸ Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea. Phnom Penh, 6 June 2003.

de Naciones Unidas en abril de 2005¹⁹ y enviada para la investigación y esclarecimiento acerca del atentado en que murió en 2005 el Primer Ministro Rafiq Hariri y al que precedieron y sucedieron una oleada de incidentes de la misma naturaleza contra objetivos poco proclives o partícipes de la presencia e influencia siria en el territorio libanés. Si bien las pretensiones del ejecutivo se encaminaban en la línea de la colaboración con Naciones Unidas para el establecimiento de un tribunal que enjuiciase los citados actos, el poder legislativo vetó la aprobación del acuerdo alcanzado entre la Secretaría General de las Naciones Unidas por mandato del Consejo de Seguridad a través de la Resolución 1644 de 2005²⁰, y el ejecutivo libanés. No obstante, las atribuciones contenidas en el Capítulo VII de la Carta permitieron la Resolución 1757 de 30 de mayo de 2007 en virtud de la cual, el Consejo de Seguridad declaraba la entrada en vigor del acuerdo mencionado estableciendo un tribunal con sede fuera del país y competencia concurrente pero primordial sobre la jurisdicción nacional. Es cierto que la competencia de este tribunal es de una naturaleza más restringida ya que se crea con la finalidad de enjuiciar a los responsables del atentado del 14 de febrero de 2005, y, también, de otros ataques ocurridos en el territorio del Líbano entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005 y escapa al modelo transicional clásico en el sentido de que no hay un traspaso ordinario de régimen sino una crisis distinta, la del terrorismo que por sus propias características, sintetizadas por Reinares de la forma que sigue, supone en esencia, un atentado contra las libertades individuales y la cohesión social democrática reseñadas:

“ser actos sistemáticos de violencia concatenados temporalmente (...) cuya selección de blancos está orientada a provocar temor e influir sobre el comportamiento político de sus víctimas (...) tiene una importante dimensión comunicativa (...) es una forma de participación política no convencional.”²¹

Realmente, las aportaciones de estos tribunales internacionalizados a las acciones de justicia en los contextos transicionales muestran tres elementos fundamentales: el primero de ellos, el hecho de que destacan más sus diferencias que sus semejanzas en el sentido de que si bien en todos los casos hay un *iter* procedimental común, hay una adaptación de las características competenciales y de configuración personal del tribunal a cada contexto específico; el segundo, que son una flexibilización del marco temporal delimitado por la competencia de la CPI en el sentido de que aquellos casos que quedan fuera de su competencia pero que comprometen el sentido de la humanidad por la gravedad de los actos, quedan cubiertos por esta suerte de tribunales combinatorios de las exigencias nacionales y de los dictámenes del DIP, del DIDH, del DIH y del DPI; y, el tercero, que vuelve a estar presente un elemento esencial como es el de la voluntariedad política en las negociaciones autorizadas por el Consejo de Seguridad entre el Estado receptor y la Secretaría General de las Naciones Unidas, pero unida a un mecanismo incipiente de fuerza del DPI vía ejercicio de las atribuciones del Consejo de Seguridad como elemento de obligación o de fuerza en el establecimiento del mecanismo jurisdiccional pactado que se repetirá en el Estatuto de Roma permitiendo que este órgano pase por encima de las limitaciones competenciales de la CPI pero, al mismo tiempo, limitado por la soberanía nacional en el sentido de que sin la cooperación de las

¹⁹ Consejo de Seguridad, *Resolución 1595 por la que se crea una Comisión Internacional Independiente de Investigación para el Líbano*, 7 de abril de 2005.

²⁰ Consejo de Seguridad, *Resolución 1644 por la que autoriza las negociaciones entre la Secretaría General de Naciones Unidas y el gobierno del Líbano*, 15 de diciembre de 2005.

²¹ Reinares, F., “Conceptualizando el terrorismo internacional”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, 82 (2005).

autoridades nacionales los tribunales no se establecen o no se forman en el caso de los híbridos, y los procesos no cuentan con impulso procesal en el marco de la CPI. Además hay unas cláusulas concretas que suponen avances en la constitución de estos tribunales híbridos ya que el Tribunal Especial para el Líbano, el Tribunal Especial para Sierra Leona y las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya incluyen en sus acuerdos menciones específicas a la ausencia de validez de las leyes de amnistía como impeditivas para el desarrollo de la competencia del tribunal así como la inaplicabilidad de dichas leyes a los graves crímenes internacionales.

2. Las aportaciones de los tribunales penales ad hoc a sus procesos transicionales

2.1. El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (en adelante TPIY) establecido el 22 de febrero de 1993²² por la resolución 808 del Consejo de Seguridad con base en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, empleado por primera vez para el establecimiento de un tribunal penal internacional *ad hoc* mientras subsisten las hostilidades, y no para la autorización del empleo legítimo de la fuerza. Dicha resolución es poco precisa desde el punto de vista de la competencia *ratione materiae* del TPIY ya que se refiere, literalmente, al enjuiciamiento de “las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario”²³, dejando en manos del estatuto fundador del tribunal y de su jurisprudencia la determinación del concepto de crimen de lesa humanidad, carente por entonces de una tipificación internacional expresa al contrario que las violaciones graves del Convenio de Ginebra de 1949 o del Delito de Genocidio.²⁴ Insertar la cuestión yugoslava en el análisis de las transiciones ofrece perspectivas interesantes ya que sufre tres transiciones continuadas, la primera, vinculada a la caída de la Yugoslavia de Tito y de la URSS; la segunda, de la guerra a la paz, al menos en gran parte del territorio si se aísla el conflicto kosovar; y, la tercera la de la regeneración institucional de cada una de las repúblicas surgidas tras el conflicto. La complejidad de lo que un día fue Yugoslavia, la sintetiza Casanova al establecer que muerto Tito, “las rivalidades no sólo de carácter étnico, cultural o religioso, sino de poder, dieron lugar al nacimiento de burocracias nacionales que se constituyeron en centros rivales de poder.”²⁵ En la constitución del TPIY hay cuatro elementos esenciales a efectos transicionales, a saber, la primera “utilización de la Justicia al servicio de la Paz”²⁶ por parte del organismo encargado del mantenimiento

²² Roberge, M.C., “Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 144 (1997).

²³ Consejo de Seguridad, *Resolución 808 por la que se establece el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, 22 de Febrero de 1993.

²⁴ Actualmente el estatuto de la Corte Penal Internacional recoge una enumeración de lo que, en base a todas las normas del DIH, se entiende como crimen de lesa humanidad.

²⁵ Casanova, M., “La Yugoslavia de Tito. El Fracaso de un Estado Multinacional”, *Espacio, Tiempo y Forma*, 16 (2004), pp. 337-349, p. 348.

²⁶ Irigoien Barrene, J., “El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional de Naciones Unidas”, *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial 25 (1998), pp. 395-400, p. 395.

de la paz y la seguridad internacionales; el entendimiento, también por primera vez, del DPI en el sentido expresado por Sudre, como el mecanismo de

“represión del daño antijurídico causado a valores protegidos por el DIH y DIDH y cuyo reconocimiento del individuo se limita a la atribución de la responsabilidad internacional penal, en su calidad de titular de obligaciones y no como titular de derechos. En este sentido, el derecho internacional penal no se ocupa de la protección internacional de derechos sino de la represión de atentados contra valores fundamentales de la humanidad que amenazan la paz y la seguridad colectiva.”²⁷

También, su constitución sobre la base de que no existían autoridades estatales, consolidadas ni legítimas capaces de llevar a cabo los posibles enjuiciamientos una vez finalizase el conflicto²⁸, debilidad institucional que caracteriza a cualquier proceso transicional. Esta idea se combina con la forma de interacción entre las jurisdicciones nacionales y el TPIY ya que en el artículo 9 de su estatuto se reconoce la competencia simultánea de ambas jurisdicciones, pero determinando la prioridad del tribunal internacional ya que, tal y como estableció el propio TPIY, “no son crímenes de naturaleza puramente doméstica. Son, realmente, crímenes de naturaleza universal (...) y trascienden los intereses de un único Estado.”²⁹ La regulación de esta concurrencia competencial se realizó a través de lo que se denomina demanda de desistimiento que habilitaba a la Fiscalía a solicitar a la Sala Primera la inhibición de los tribunales nacionales en favor del TPIY y la determinación de la responsabilidad internacional del Estado en cuestión en caso de negativa tal y como ocurrió en el caso Blaskic³⁰, cuando en el marco nacional se hubiesen calificado los hechos de derecho común, las autoridades nacionales no fuesen imparciales (circunstancia que también se contempla en la CPI), existiera riesgo de ser una forma de elusión de la responsabilidad penal individual o que una vinculación con hechos que ya estuvieran en conocimiento del TPIY.

Además, hay una modificación del marco penal en el sentido de que DIDH y DPI interactúan generando, por un lado, la supresión de la garantía de ser juzgado por un juez predeterminado por la ley que es una garantía básica del debido proceso penal aunque únicamente está reconocida expresamente con esa formulación de predeterminación judicial *ex ante* por la CADH (el resto de órganos interpretativos como el TEDH o el Comité de Derechos Humanos han aplicado el mismo criterio); lo que se pondera el interés colectivo de aplicación del DIDH y de respeto a las normas de protección del DIH que en su mínima expresión protegen, según el CICR, también el núcleo inderogable de Derechos Humanos, y la gravedad de los actos, por encima de esa garantía individual, entendiendo que no es tan relevante el momento de creación del órgano como los crímenes sancionables.³¹ Por otro lado, y vinculado a lo anterior, se mantienen otra serie de garantías como la de *nullum crimen nulla poena sine lege*, expresada en el

²⁷ Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8ª ed., Paris, 2009, pp. 30-33.

²⁸ Crónica de la ONU, New York, vol. XXXI, No. 2, junio de 1994, pp. 22-30.

²⁹ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, Decision on the defence motion on jurisdiction in the trial Chamber, Document It-94-I-T, 10 de agosto de 1995, párr. 42.

³⁰ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, Decision of the president on the defence motion filed pursuant to rule 64 en el asunto T. Blaskic.

³¹ Pinto, M., “Un tribunal internacional para las violaciones de los derechos humanos”, *La Ley*, 27 de agosto de 1993.

procesamiento de Dusko Tadic³² y que sigue el mismo razonamiento que en los procesos penales nacionales, en esencia que hay una serie de obligaciones contraídas vía tratado o vía consuetudinaria de carácter ineludible para el Estado y para las que no cabe ampararse en el ordenamiento jurídico nacional. A pesar de entender el TPIY que se estaba caminando hacia “un modelo de interpretación evolucionado en virtud del cual los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se incorporaban al Derecho Internacional Humanitario”³³, lo cierto es que, siguiendo a Sassòli, el TPIY aplicó de forma precisa el principio de legalidad a la hora de determinar qué normas del DIH, y con ello, que tipos de crímenes eran aplicables y atribuibles en cada fase del conflicto en función de la naturaleza del mismo en el momento de comisión de los hechos.³⁴ Ahora bien, en línea con esa naciente *opinio iuris* citada, el Estatuto contempló una clausula de reserva en su artículo 3 que daba al TPIY competencia para conocer de las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra permitiendo al tribunal mantener un nivel de protección elevado incluso en etapas de conflicto armado o de indeterminación de la nacionalidad atribuible a los contendientes.

En esencia, los elementos que definen la aportación del TPIY al marco transicional son cuatro: el primer empleo del DPI como elemento de construcción de la paz y clave en el postconflicto, su constitución con base en la ausencia de capacidades nacionales para llevar a cabo los enjuiciamientos por factores de corrupción institucional y para evitar la brecha social, el desarrollo de toda una jurisprudencia tanto en materia de tipos penales (crímenes de lesa humanidad y crímenes de naturalezas sexual) bien fundamentada sobre la extensión del DIDH al DIH y a los procesamientos penales internacionales como elemento de prevención y de lucha contra la impunidad, y la inclusión de la obligación de cooperar en los Acuerdos de Dayton y dentro de la condicionalidad marcada por la Unión Europea en sus relaciones con terceros Estados, y en las negociaciones de adhesión sólo culminadas por Croacia.

2.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante TPIR) tuvo una fuerte influencia en el Derecho Internacional y en la inclusión de una perspectiva de género al contemplar una especial protección a las mujeres en tiempo de conflicto. Este es un elemento especialmente interesante ya que la irrupción de la perspectiva de género en el ámbito internacional supone también una aproximación al papel de la mujer en tiempo de régimen dictatorial ya que las estructuras de poder son de una jerarquización patriarcal, al papel de las mujeres en el ámbito de la oposición, al rol que desempeñan en tiempos de guerra ya que la violencia sexual ha sido y es un instrumento empleado por las fuerzas en conflicto, y al protagonismo que han desempeñado y deben desempeñar las mujeres en el contexto transicional como parte activa de la sociedad. En el caso ruandés, el papel del tribunal se centró especialmente en el empleo de la violencia sexual como arma de guerra y en la necesidad de catalogar dicha práctica como crimen internacional, pero es

³² Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, Appeals Chamber The Prosecutor v. Dusko Tadic “Dule”, Case IT-94-1-A, Judgment, 15 de Julio de 1999, párr. 186.

³³ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, Prosecutor's pre-trial brief for Tadic, 10 de abril de 1996, Document IT-94-1-T.

³⁴ Sassòli, M., “La première décision de la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: Tadic (compétence)”, *R.G.D.I.P.*, 100 (1996), pp. 101-134, pp. 123-124.

representativo y ejemplificante de una tendencia feminista.³⁵ En el genocidio ruandés hay un fuerte componente étnico que es un elemento diferenciador, distorsionador y complejo en cualquier sociedad, y más aún en una sociedad en transición; establece Kabunda que “para poder entender el conflicto sería necesario estudiar las tres etapas que ha vivido el pueblo sudafricano: etapa precolonial, colonización y postcolonización, no sólo fijarse en el atentado, aunque, sin duda, éste fue la gota que colmó el vaso”³⁶, ya que las dinámicas de rivalidad étnicas son fruto de la cesión del poder por la metrópoli a la etnia tutsi. El elemento de explosión del conflicto fue el atentado perpetrado contra el presidente de Burundi, Ntaryamira, y el de Ruanda, Habyarimana, ambos de etnia hutu, con el derribamiento del avión en el que iban a aterrizar en el aeropuerto de Kigali. Tras el incidente, el gobierno hutu llevó a cabo toda una política de exterminio exterminio y desplazamiento forzado de la etnia tutsi hacia Tanzania, Burundi, Zaire y Uganda³⁷, cuyos elementos eran incardinables en el concepto de genocidio ofrecido por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Hasta junio de 1994, el Ejército francés no recibió autorización para establecer la llamada zona turquesa o zona segura para los refugiados. La intervención de las Naciones Unidas en la región fue bastante cuestionable ya que la primera medida fue la disminución del tamaño de la Misión (UNAMIR) dirigida por el Teniente General Romeo Dallaire y hasta noviembre de 1994 con la institución del TPIR, realmente no hubo ninguna medida real más allá de pronunciamientos aislados permitiendo que se culminase una de las mayores masacres tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial. En un documento elaborado por Naciones Unidas y titulado *Las enseñanzas extraídas de Ruanda*, se reflexiona sobre algunos elementos importantes:

El primero de ellos, lo que subyace tras la violencia sexual, resumido en que:

“Históricamente, se ha considerado la violación una manera legítima de mantener contentos a los efectivos (militares). Debido a que en muchas sociedades se considera que las mujeres son ‘propiedad’, un ejército victorioso suele violar y convertir a las mujeres en esclavas sexuales como botín de guerra.”³⁸

Según el mismo documento, se estiman unas cifras de entre 100.000 y 250.000 violadas durante los tres meses de genocidio. En este aspecto, el TPIR siguió la estela cosechada por el TPIY como el primer tribunal internacional, de la Historia en categorizar la violación como crimen contra la humanidad y tortura y por la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad del año 2000³⁹, poniendo fin a un eje común de los procesos transicionales postconflicto bélico, la amnistía e impunidad de los actos de violencia sexual. La labor de la Fiscalía encabezada por Louis Arbour y la recepción de las demandas de la sociedad civil ruandesa por parte de este órgano fueron las que

³⁵ De la Fuente Villalaín, M., “Contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda al Derecho Internacional y a la protección de las mujeres en tiempo de conflicto”, *Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria*, 2012.

³⁶ Palabras de M. Kabunda, Doctor en Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid en el postgrado Información internacional y países del sur el 21/02/2012, *ibid.*, p. 5.

³⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ed.), *Situación de refugiados en el mundo*, Barcelona, 2000, p. 275.

³⁸ Paneles del Programa de Divulgación sobre el Genocidio en Ruanda y las Naciones Unidas.

³⁹ Consejo de Seguridad, *Resolución 1325 por la que se insta a la inclusión de la perspectiva de género en la realización de todas las competencias del Consejo de Seguridad y la Secretaría General de las Naciones Unidas*, 31 de octubre del 2000.

permitieron la inclusión histórica de la violencia sexual en un acta de acusación por crímenes internacionales. El testimonio de los miembros de UNAMIR y, especialmente, del Comandante Brent Beardsley en la primera sentencia penal internacional contempladora de la violencia sexual como crimen internacional, al declarar que

“...cuando ellos mataban mujeres aparecía que todas estaban dañadas en los órganos sexuales, en los senos o en la vagina; habían sido golpeadas o cortadas deliberadamente en esas áreas de sus cuerpos. Y, en segundo lugar, gran parte de lo que encontrábamos eran violaciones donde se veía claramente como la ropa había sido arrancada de sus cuerpos, las encontrábamos tumbadas boca arriba con las piernas abiertas, especialmente en el caso de las chicas más jóvenes. Estoy hablando de niñas de seis o siete años, sus vaginas se encontraban hinchadas y partidas después de haber sido violadas múltiples veces por grupos y fueron asesinadas en esa misma posición. Se encontraban exactamente en la misma posición en que habían sido violadas. La violación era una de las cosas más duras con la que teníamos que lidiar en Ruanda. Nos afecta profundamente a todos nosotros.”⁴⁰

El segundo de ellos, el fracaso de la prevención o lo que se sintetiza como el “caso omiso de las advertencias detalladas de los representantes de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas en tierra, sobre una inminente matanza.”⁴¹ Esta constatación es importante en el sentido de que reseña la responsabilidad de la Comunidad Internacional en el marco de cualquier tipo de conflicto como agente de prevención, vigilancia y notable influencia por un lado, y como agente de garantía en el marco de la protección internacional frente a la negación o el olvido que desean los autores de matanzas de esta naturaleza.

El tercero de ellos es la trascendencia de los que después serían calificados definitivamente y de forma conjunta como crímenes internacionales en un instrumento convencional como es el Estatuto de Roma para la Comunidad Internacional, especialmente en un contexto de más de 800.000 muertos por razones étnicas en menos de 100 días según datos de Naciones Unidas.⁴²

En cuarto lugar, la experiencia ruandesa muestra una interacción en el marco transicional entre dos elementos, el elemento internacional en virtud de la Resolución 995 del Consejo de Seguridad de 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad en virtud de la cual se ordena la constitución del TPIR que comenzaría a juzgar en enero de 1997; y el elemento nacional con los llamados Gacaca, en otras palabras, con el empleo de los tribunales tradicionales de aldea en una versión modernizada para atender el fuerte volumen de casos ya que se estima la existencia de más de 100.000 sospechosos todo ello teniendo en cuenta que “a principios de 1995 entre 100 y 150 personas eran arrestadas cada día y el número fue creciendo hasta llegar a detener a 80.000 en agosto de aquel mismo año.”⁴³ El empleo de esta figura jurisdiccional local tuvo su fundamentación en el colapso de la actividad del TPIR y en la ausencia de un cuerpo judicial nacional consolidado debido a la destrucción de las estructuras del Estado durante el genocidio; comenzaron sus labores en el año 2002 y frente a los enjuiciamientos de altos cargos

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda relativa al caso No. ICTR-96-4-T, Fiscal c. Jean- Paul Akayesu, 2 de septiembre del 1998, prueba testifical.

⁴¹ Paneles del Programa de Divulgación ..., *op. cit.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ Prunier, G., *Africa's world war: Congo, The ruandan genocide and the making of a continental catastrophe*, Oxford: OUP, 2009.

responsables en el sentido militar y político de los que estaba dando cuenta el TPIR, estos tribunales se centraron en intervinientes y responsables con un status notablemente inferior. Lo que permitió la actuación de estos tribunales no permanentes reconocidos durante la colonización belga fue la Ley Orgánica nº 40/2000, de 30 de enero, de establecimiento de las jurisdicciones gacaca y organización del enjuiciamiento de crímenes de genocidio o crímenes de lesa humanidad, cometidos entre el 1 de octubre de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, mismo margen temporal que el del TPIR a pesar de las críticas que en este sentido formuló el gobierno ruandés llegando incluso a votar en contra de la creación del TPIR.⁴⁴ Es cierto que en nombre de aumentar el número de procesados y ampliar al máximo los niveles de responsabilidad, se desvirtuaron en este ámbito local las reglas del debido proceso al categorizar a los acusados de forma previa a la sentencia, no contemplar una doble instancia salvo para los previamente calificados de violadores, asesinos y torturadores y no establecer mecanismos de aseguramiento del principio de seguridad jurídica.⁴⁵

El trabajo realizado previamente por el Relator Especial, René Degni-Ségui y el de la Comisión de Expertos sirvieron para evidenciar la necesidad de un juzgamiento internacional que sería reclamado por el propio gobierno ruandés con el Partido Patriótico Ruandés al frente.⁴⁶ Para Torres y Bou Franch, la institución del TPIR supone todo un hito ya que es el primer tribunal internacional *ad hoc* con competencia para el conocimiento de crímenes cometidos en el marco de un conflicto armado de naturaleza no internacional evidenciando así que si bien hay un fuerte componente nacional en los conflictos y en las transiciones, la fuerte expansión del DIP ha generado la trascendencia internacional de la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales⁴⁷ ampliando el catálogo de herramientas disponibles para su persecución y aplicando por primera vez la protección emanada del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra tal y como expresó el propio TPIR en la sentencia relativa al caso Akayesu.

3. Incidencia de los primeros instrumentos del Derecho Penal Internacional en la creación de la Corte Penal Internacional

3.1. La Corte Penal Internacional: su papel en los procesos de transición

Resulta conveniente hacer una referencia a los elementos de posible incidencia de la CPI en la justicia penal de carácter transicional que recogen las deficiencias de los primeros sistemas de DPI y los avances efectuados por los tribunales híbridos, pero especialmente por los tribunales *ad hoc*, sólo que mediante el establecimiento de una jurisdicción permanente, aunque, mayoritariamente, voluntaria. El Estatuto de Roma fue el resultado de muchas negociaciones y aunque no todos los Estados parte de las Naciones Unidas lo han ratificado, lo cierto es que todos enviaron delegaciones a la Conferencia de

⁴⁴ Torres, M. y Bou Franch, V., *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

⁴⁵ Amengual, M. P., *Las decisiones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y los perfiles del genocidio*, Tesis Doctoral, Universidad CEU San Pablo, 2017, pp. 127-128.

⁴⁶ Secretaría General, *Carta del Secretario General de Naciones Unidas al Consejo de Seguridad donde se incluye el Informe final de la Comisión de Expertos para Ruanda*, 9 de diciembre de 1994, Doc. S/1994/1405.

⁴⁷ Torres y Bou Franch, *La contribución del Tribunal...*, p. 31.

Roma lo que determinó, cuanto menos, la existencia de un consenso generalizado entorno a la necesidad de creación de la CPI. El Estatuto entró en vigor el 1 de junio de 2002, una vez alcanzado el mínimo de las 60 ratificaciones requeridas, y los primeros jueces llegaron el marzo del año siguiente. En materia de incidencia de la CPI en procesos transicionales, lo cierto es que, hasta la fecha, no hay un ejemplo de intervención explícita de esta jurisdicción penal internacional en procesos transicionales, al menos con la intencionalidad propia de la justicia penal transicional; no obstante, sí hay una serie de elementos que convierten a la CPI en una corte con un fuerte potencial en el ámbito penal transicional pero con las limitaciones propias del contexto transicional, especialmente, la cuestión de la gestión de los tiempos y de caracterización particular de cada proceso y sociedad en transición como reflejan dos ejemplos: el primero, la decisión de arresto de la CPI frente a cinco líderes del Ejército de Resistencia del Señor ugandés en el año 2005 que generó “*los diálogos de paz más prometedores*”⁴⁸, frente al caso sudanés con la orden de detención contra Omar-Al Bashir en 2009 que supuso un obstáculo para las negociaciones de paz en la región de Darfour y la llegada de ayuda humanitaria a las víctimas por el apoyo de organizaciones regionales al gobierno sudanés. Hay varias cuestiones del Estatuto de Roma que suponen ejes de actuación en materia de justicia penal transicional:

En primer lugar, el valor trascendental que un proceso iniciado en la CPI aporta al reconocimiento de los derechos de las víctimas. Esto viene definido por la expresión empleada en el artículo primero del Estatuto de Roma al referirse de forma genérica a la competencia de la Corte empleando la expresión “*La Corte (...) estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional.*” Esta precisión supone, por un lado una limitación jurisdiccional en el sentido de que hay una valoración cualitativa sobre la relevancia de las violaciones de derechos humanos, categorizadas eso sí como crímenes internacionales, que entran en el ámbito competencial material de la Corte; o, en otras palabras, se trata de dejar en la jurisdicción internacional aquello que supone un atentado contra los valores de la Humanidad reconocidos por toda la comunidad internacional, y hacer permanecer en el ámbito nacional otras transgresiones del DIP; pero, por otro lado, aporta al enjuiciamiento por la CPI un valor notablemente superior desde un punto de vista simbólico para las víctimas ya que supone el reconocimiento de su condición, la realización de los derechos a la verdad y la justicia, y la recepción de un apoyo internacional a sus demandas, condición y derechos, de obligada recepción por las instituciones nacionales. En otras palabras, la acción de la CPI excedería las funciones definidas en el caso Katanga, a saber, las de prevenir y castigar⁴⁹, para situarse, según Paul Seils, en el plano de “restaurar un sistema roto.”⁵⁰ La Oficina del Fiscal ha identificado, sin ser un listado numerus clausus algunos elementos de gradación de la gravedad de los crímenes como los sufrimientos causados a las víctimas, el incremento de su vulnerabilidad, el daño social, económico o ambiental causado y su persistencia temporal, y el terror infligido.⁵¹ En su labor como Fiscal General, Luis Moreno Ocampo

⁴⁸ Centro Internacional para la justicia transicional, *¿Justicia, paz o las dos?*, Folleto enfoque paz y justicia, 2009.

⁴⁹ Sentencia de la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional relativa al caso Katanga, *Décision Relative à la Peine* (art.76 du Statut), Katanga, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-01/07-3484, TC II, ICC, 23 Mai 2014, párr. 38.

⁵⁰ Seils, P. “Putting Complementarity in its Place”, *The Law and Practice of the International Criminal Court* (C. Stahn, ed.), Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 306.

⁵¹ Oficina del fiscal, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, Corte Penal Internacional, noviembre 2013, párr.65.

diseñó una estrategia en la que el propósito era la investigación y acusación de los crímenes más graves y los más responsables autores⁵² dejando, entonces, en manos de los organismos judiciales nacionales, especialmente en procesos de transición, al cederles la responsabilidad del enjuiciamiento del resto de participantes en la comisión de los crímenes internacionales.

La gravedad de los crímenes es, entonces, el nexo de unión entre el DIDH y el DPI debido al derecho aplicable que según el artículo 21 del Estatuto de Roma que delimita una suerte de prelación entre fuentes es, siguiendo el orden: disposiciones del propio Estatuto de Roma como resultado de una fuerte negociación y miscelánea de todos los sistemas jurídicos internacionales, los Elementos de los Crímenes, las Reglas de Procedimiento y Prueba, los tratados internacionales y la costumbre, los principios generales de la jurisdicción nacional que no contradigan lo anterior, jurisprudencia ya dictada por la propia CPI y dos elementos de garantía esenciales, a saber, el principio de no discriminación y las normas del DIDH que supone que la interpretación y aplicación del derecho de conformidad con el apartado tercero del artículo veintiuno debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Se trata de una especie de complementación entre las dos ramas del DIP en el sentido que el DIDH sitúa la responsabilidad en el Estado y el DPI en el individuo sólo en supuestos en que el Estado no cumple con el deber de protección y la posición de garante que le atribuye el DIDH⁵³, al menos desde el punto de vista de la justicia ideal ya que el sistema ha recibido críticas tanto desde el punto de vista del inicio de investigaciones por la Fiscalía, como desde el punto de vista de los casos que podría remitir el Consejo de Seguridad sin el requerimiento de que el Estado concernido por razón de nacionalidad o territorialidad sea parte del Estatuto de Roma, condicionados por la propia configuración y sistema de votación del órgano de Naciones Unidas.

En segundo lugar, por el principio de complementariedad incluido de forma expresa en el párrafo décimo del preámbulo y en el artículo primero del Estatuto de Roma. Supone una suerte de punto intermedio ya empleado en el marco del TPIY y del TPIR, en el que la CPI tiene limitaciones a la hora de valorar la adecuación o idoneidad de procedimientos internos y carece de potestades ilimitadas de enjuiciamiento, aunque sí está dotada de criterios propios para determinar la admisibilidad de los casos y para que la Fiscalía considere o no dar impulso procesal a un caso concreto. En otras palabras, este principio viene a articular las relaciones entre los sistemas jurídicos nacionales o, de forma extensa, entre un sistema de Derecho nacional basado, en el caso de las democracias constitucionales, en el respeto de la soberanía popular a través del papel del juez como aplicador de normas parlamentariamente tramitadas, y un sistema de DPI cuya labor es la imposición de una doble sanción, por un lado la que nace de la responsabilidad internacional del Estado, y por otro lado, la que nace de la sustracción del sujeto nacional para determinar su responsabilidad penal individual en el plano internacional.⁵⁴ La materialización práctica de este principio se encuentra en el artículo 17.1 apartados a, b y c del Estatuto de Roma. Se está disponiendo un difícil equilibrio entre el resguardo de la

⁵² Oficina del fiscal, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, Corte Penal Internacional, septiembre 2003, p. 3.

⁵³ Ventura Torres, M. E., “La relación entre los Derechos Humanos y la Justicia Penal Internacional”, *Revista IIDH* 304 (2014), pp. 303-344, p. 310.

⁵⁴ Drnas de Clément, Z., “Principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias sistémicas”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional* 11 (2001), pp. 51-89, p. 53.

facultad punitiva del Estado y la lucha contra la impunidad, en el que entran en juego la existencia de investigaciones o juicios nacionales iniciados y la cosa juzgada, ambos con tres limitaciones: la primera de ellas, la necesidad de que concurra una identidad de sujeto y objeto teniendo en cuenta que en el plano del sujeto el Estatuto de Roma contempla todas las formas de autoría y participación previstas en los derechos domésticos y no realiza distinciones por razón del cargo oficial, dígase, no se sujeta a los regímenes de inmunidades nacional o internacionalmente reconocidos según el artículo 27 del Estatuto de Roma, y, en el plano del objeto el elemento determinante de la jurisdicción de la Corte es la gravedad de los crímenes cometidos, elemento que en la jurisdicción doméstica ni es definitorio ni suele estar contemplado ya que en la trasposición penal de los crímenes internacionales confluye la necesidad de una obligación convencional y la complejidad de los procedimientos legislativos nacionales.

Las dos limitaciones restantes tienen una mayor relevancia o protagonismo en procesos transicionales que la primera de ellas ya que son dos circunstancias características del proceso de democratización frente a la naturaleza más cotidiana y vinculada a supuestos de estabilidad democrática de la tratada en primer lugar. Estas dos limitaciones se refieren a lo que el Estatuto de Roma recoge en el artículo 17 de la siguiente forma: que el Estado “no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.” En otras palabras, ausencia de voluntad entendida como la simulación de procesos con vistas a la sustracción de la responsabilidad penal en los planos nacional e internacional, o ausencia de capacidad en el sentido de no poseer una Administración de Justicia dotada de las potestades o recursos requeridos para la realización de los procedimientos. Estas precisiones sitúan a la CPI en una posición privilegiada, en el sentido de que está dotada de capacidad para considerar inválidos los procedimientos nacionales e iniciar el ejercicio de la jurisdicción penal internacional sin vulneración del principio *non bis in ídem*, pero, al mismo tiempo, este recurso aun no ha sido empleado ya que supone un análisis y una valoración de los sistemas judiciales nacionales y de la propia Administración de Justicia estatal y, en esencia, su empleo sin elementos probatorios sólidos vulneraría ya no sólo el principio de complementariedad en sí mismo, sino la base del DIP que es el respeto a la soberanía estatal.

Hay dos ejemplos recientes que, si bien no han entrado en la competencia de la CPI, sí reflejan muy bien la presencia de esos dos últimos elementos en el marco transicional. El relativo a la falta de voluntad lo refleja perfectamente las relaciones entre el gobierno serbio y el TPIY en los primeros años de su funcionamiento ya que Serbia reflejó una actitud marcada por la ausencia de cooperación y de cambios en el orden interno que posicionó al TPIY en una posición extremadamente difícil en la que frente a la ausencia de respuestas gubernamentales, al inmovilismo, a la ficción de procesos nacionales y al silencio cómplice de las autoridades y de la sociedad serbia, su estrategia estuvo marcada por la publicidad internacional de la falta de cooperación.⁵⁵ El segundo de ellos, la falta de capacidad lo refleja bien el caso español tal y como lo expuso Pablo De Greiff en su último informe del año 2014 tras la visita en misión oficial al referirse a las limitaciones impuestas por la Ley de Amnistía de 1977, a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que certifica su aplicabilidad y la inadmisibilidad de plano de los procedimientos sin investigaciones previas y al envejecimiento de las víctimas y de los

⁵⁵ Zidek, N., *Justicia Transicional y la ampliación de la Unión Europea a Croacia y Serbia*, Tesis Doctoral en Ciencia Política y de la Administración, Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 119.

verdugos que limita las capacidades jurisdiccionales.⁵⁶ Expone Tamarit Sumalla que junto a estas cuestiones relativas a la admisibilidad no hay que olvidar la cláusula de los intereses de la justicia en el inicio de una investigación o decisión de enjuiciamiento por e Fiscal ya que es esta potestad valorativa la que permite la operatividad del principio de complementariedad en el ejercicio de las funciones investigadoras y acusatorias del Fiscal, especialmente, en procesos transicionales por la multiplicidad de factores a ponderar.⁵⁷ Según Robinson, esta cláusula encuentra un amplio margen de operatividad en transiciones que siguen a actos masivos de violencia ya que en estas ocasiones, la labor de la CPI, si bien debe ser la de luchar contra la impunidad y enjuiciar los graves crímenes internacionales, también debe ponderar que en esas situaciones hay un interés superior por enjuiciar a los más altos criminales en nivel de responsabilidad en vez de a la totalidad de los intervinientes, favoreciendo así el proceso transicional y la reconciliación a nivel interno aplicando criterios de política transicional como el de necesidad, el tratamiento de las víctimas, los recursos habilitados a nivel nacional no excluyendo la labor reparadora de las comisiones de la verdad, y el proceso y grado de democratización⁵⁸ y criterios de orden jurisdiccional propios del derecho anglosajón, que reconoce una mayor discrecionalidad al Ministerio Fiscal, tales como la gravedad del delito, la capacidad probatoria, la finalidad de los procesos y la existencia de medidas a nivel nacional, teniendo en cuenta en relación a esto último que no se ha alcanzado un consenso en el marco internacional ni sobre la capacidad sustitutiva de las comisiones de la verdad⁵⁹ ni, por extensión, sobre el efecto que las resoluciones de esos órganos pueden tener en el marco de la jurisdicción penal internacional, a saber, su suspensión temporal según definiendo Ambos, o la renuncia definitiva a la acción penal internacional.⁶⁰

En conclusión, la capacidad de influencia de la CPI en procesos transicionales está por ver, especialmente por las diferencias en la caracterización del proceso penal internacional y del proceso de justicia transicional nacional cada vez menos vinculado a un elemento punitivo y más cercano a herramientas más flexibles y oficiosas; la interacción entre ambos elementos y la interpretación que se haga tanto a nivel estatal como a nivel de fiscalía y Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI determinará el futuro de la justicia transicional, el papel de las comisiones de la verdad como elemento reparador, como elemento de prueba de ausencia de voluntad estatal por depurar las responsabilidades penales, como elemento de amnistía limitada o moderada, o como elemento de encaje entre la gravedad que exigen los crímenes competencia de la CPI en relación a altos responsables, y la labor de reconciliación y no de sanción que parece articularse como idónea en el marco interno en relación al conjunto de intervinientes en la comisión de los crímenes.

3.2. Debido proceso legal. Influencia en el proceso e incorporación de las víctimas

⁵⁶ De Greiff, P., *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición sobre España*, Consejo de Derechos Humanos, 27º período de sesiones, 22 de julio de 2014, párr. 67 ss.

⁵⁷ Tamarit Sumalla, J. (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona: Atelier, 2010, p. 55.

⁵⁸ Robinson, D., "Serving the interests of justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law* 14 (2003), pp. 481-505, p. 493.

⁵⁹ Singer, R., *Criminal Procedure II: from Bail to Jail*, 2ª ed., New York, 2008, p. 33.

⁶⁰ Werle, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2005, p. 137.

Las garantías judiciales del debido proceso que se establecen y que suponen una reafirmación de los principios del Estado de Derecho y del DIDH sobre la arbitrariedad e inseguridad jurídica que caracterizaría a cualquier proceso judicial contextualizado en un marco dictatorial, y a las posibles acusaciones de parcialidad y ánimo de revancha que pueden marcar los procesos judiciales en sede transicional. El nivel es distinto además según van avanzando las fases del proceso penal internacional diferenciándose principalmente los derechos del investigado incluidos en el artículo 53 y los de acusado una vez un caso resulta confirmado diseminados en los artículos 63 y siguientes del Estatuto de Roma. El mayor exponente de estas garantías es la obligación continua de la Fiscalía de comunicar en cualquier fase del procedimiento la existencia de una prueba de descargo, su naturaleza y su ubicación.⁶¹ Establece Bousquet, sin embargo, que hay una dependencia entre la CPI y las jurisdicciones nacionales a la hora de hacer valer realmente estos derechos⁶² lo que en sede transicional puede ser un factor de impulso en el establecimiento y operatividad de los principios del Estado de Derecho, pero también un elemento de quiebre social en procesos de mayor conflictividad; esa dependencia viene condicionada por el hecho de que la CPI requiere de la cooperación estatal, obligación de los Estados parte según el artículo 86 del Estatuto de Roma, y no tiene competencia o control sobre determinados aspectos como la forma de obtención de la prueba⁶³, las normas de registro y confiscación⁶⁴ o las condiciones de arresto, problemas que ya estuvieron presentes en el desarrollo de la labor de los tribunales *ad hoc*.⁶⁵

No obstante, a pesar de esas limitaciones, hay una serie de derechos que dependen directamente de la CPI y que otorgan al proceso unos estándares de calidad y legitimidad en términos de derechos humanos que no siempre cumplen los procesos nacionales penales de las sociedades en transición como son, en virtud de los artículos ya citados: el derecho a conocer la investigación y acusación, el derecho a no ser coaccionado, intimidado, amenazado o torturado, el derecho a la libertad, el derecho a contar con un abogado, el derecho a interpretación gratuita, el derecho a presentar prueba y conocer las pruebas de descargo, la presunción de inocencia, el derecho a oponer excepciones, el derecho a la libertad salvo en casos en que el arresto sea necesario, el derecho a estar presente en el acto de juicio y, aunque con una menor aplicabilidad debido a la necesidad de colaboración de las autoridades estatales, nacionales y extranjeras, a prohibición de dilaciones indebidas. La necesidad de estos principios y las dificultades que enfrentan en la práctica, son propias de las características de la CPI que puede intervenir en conflictos aun no finalizados y, por tanto, en transiciones no culminadas primando el principio de oportunidad y relevancia frente al de culminación. Estos derechos permiten que la CPI pueda desarrollar una labor *quasi* preventiva de procesos revanchistas en el plano interno anticipándose a ellos y exigiendo unos estándares de calidad mínimos y previos a una posible inhibición en favor de lo nacional, aportando estabilidad y descargo al proceso transicional.

⁶¹ Delmas-Marty, M., “Interactions between national and international criminal law in the preliminary phase of trial at the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, 3 (2005), pp. 1-10.

⁶² Bousquet, I., “Debido proceso y cooperación estatal en el proceso ante la Corte Penal Internacional”, *Revista Aequitas (Universidad del Salvador)*, 5 (2011).

⁶³ Gordon, G. S., “Toward an International Criminal Procedure. Due Process Aspirations and Limitations”, *Bepress Legal Series, Working Paper*, septiembre, 2006, p. 32.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda relativa al caso Rwamabuka, *Prosecutor v. Rwamakuba*, ICTR-98-44-T, Dec. 12, 2000, párr. 22.

En cuanto al papel de las víctimas. Establece Odio Benito que el éxito de las tareas transicionales “dependerá, sin duda alguna, de que todas las víctimas del conflicto formen parte, o estén, al menor, debidamente representadas”⁶⁶. Este es, en cierta manera, el espíritu del Estatuto de Roma que ya en el párrafo segundo del preámbulo menciona a las víctimas. Hay tres elementos esenciales en lo concerniente a las víctimas. Por un lado, está la conjugación entre el principio de complementariedad y la gravedad de los crímenes y de los responsables que exige la competencia de la CPI, que deja un fuerte peso en manos de las jurisdicciones domésticas más cercanas a la cuestión y con mayor capacidad probatoria, partiendo de la base de que no exista esa contaminación jurisdiccional inicial que caracteriza a los procesos transicionales, y que son, también, más accesibles para las víctimas en términos de recursos materiales y económicos. Por otro lado, el reconocimiento a su participación en los procesos frente a esa concepción en virtud de la cual parece que el precio de la paz es la justicia. En este sentido, los artículos 68 y 75 del Estatuto de Roma reconocen tres derechos a las víctimas: derecho a ser protegidas, a participar en los procedimientos no sólo en calidad de testigos sino de víctimas y a obtener reparaciones.

El artículo 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba incluye la definición de víctimas definiéndolas como personas naturales forma individual o colectiva y organizaciones que hayan sufrido daños directos a bienes de naturaleza determinada.⁶⁷ Las víctimas son participantes en el juicio, pero no son partes del procedimiento y desde el inicio del procedimiento la Sala Preliminar puede recibir sus comunicaciones según lo establecido en el artículo 15 apartado tercero del Estatuto y determinará la forma de participación de las mismas una vez se haya identificado un caso contra un individuo concreto autorizando la misma en las audiencias preparatorias habiendo participado en los alegatos de apertura, el examen de testigos y peritos, en los alegatos finales, en apelaciones interlocutorias e incluso siendo interrogadas en su condición de víctimas y no como prueba testifical. Hay un mecanismo específico de protección contemplado en el apartado sexto del artículo 43 del Estatuto de Roma llamado Dependencia de Víctimas y Testigos con el objetivo de preservar su seguridad, bienestar, dignidad y vida privada que contempla, a su vez, una protección especial a las víctimas de violencia sexual y en el desarrollo práctico, a niños, personas mayores y personas con discapacidad en línea con la regla 86 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

El papel de las víctimas por tanto se resume en cuatro ejes: participación activa en el procedimiento, mecanismos de protección, derecho a reparaciones y prueba *prima facie* con su participación en el proceso.⁶⁸ Es la Secretaría quien recibida una situación evalúa quienes ostentan la condición de víctima, diferenciando según específica Olásolo, entre víctimas de la situación que tendrán un rol de argumentación ambiental en el proceso y cuyo papel se restringe a la iniciación de la investigación, y víctimas del caso, que asumen

⁶⁶ Odio Benito, E., “Posibles aportaciones del Estatuto de Roma a los procesos judiciales en las sociedades en transición”, *Justicia transicional en Iberoamérica* (Almqvist, J. y Espósito, C., coord.), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 241-254, p. 242.

⁶⁷ Artículo 85 apartado b) de las Reglas de Procedimiento y Prueba: *Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.*

⁶⁸ Pérez Vizán, A., “Las víctimas ante la Corte Penal Internacional ¿El final del oxímoron víctimas-justicia internacional?”, *Revista de Derechos Humanos Defensor*, 7 (2011), pp. 22-29, p. 23.

un papel más protagónico en fase de juicio y reparación.⁶⁹ Quizás la única limitación en materia de garantía y protección de los derechos de las víctimas sean las atribuciones, o mejor dicho, la prelación que el Fiscal debe hacer entre el interés de la justicia y el interés de las víctimas quedando el primero por encima según el artículo 53 del Estatuto de Roma.

3.3. Incidencias efectivas de los procesos de la Corte Penal Internacional en procesos transicionales: reparaciones y aplicaciones futuras

La cuestión de las reparaciones que se ordenan con cargo a la o los condenados y según el artículo 75 apartado primero del Estatuto de Roma incluyen “la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes.” Supone ir un paso más allá ya que la labor de los tribunales *ad hoc* se había limitado a una restitución patrimonial al legítimo dueño, pero no había incluido los principios de reparación individualizada en atención al daño sufrido por el crimen internacional.⁷⁰ Son 4, en esencia, los elementos reparativos reseñables en materia de protagonismo, protección y reconocimiento de las víctimas delimitados por el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, concretamente: la identificación de una responsabilidad individual sobre deberes reparatorios, la especificación del tipo, alcance y financiación de la reparación, la definición del daño reparable respecto a víctimas directas e indirectas, y el establecimiento de criterios específicos de identificación de las víctimas del caso, que no necesariamente han debido participar en el proceso, para proceder a la reparación. La reparación toma en cuenta los derechos del condenado, los intereses de las víctimas, la existencia o no de multa o decomiso de bienes, la naturaleza individual o colectiva de la reparación, la caracterización especial de la víctima institucional y las posibles situaciones de riesgo discriminación que haya sufrido la víctima colectiva. Como muestra del carácter no solamente punitivo sino también retributivo del proceso penal internacional, se incluye la figura del Fondo Fiduciario en el artículo 79 del Estatuto permitiendo que en casos de indigencia o insolvencia del condenado o existencia de un número indeterminado de víctimas, estas puedan recibir la cuantía reparatoria con cargo a las aportaciones estatales y de administración por la Asamblea de Estados parte (artículo 79.3 del Estatuto de Roma).

Por otro lado, la atribución de la Fiscalía en materia de exámenes preliminares emanada del artículo 53.1 apartados a y c del Estatuto de Roma, por ejemplo, en el caso colombiano como mecanismo de seguimiento a las actuaciones transicionales e incluso de evaluación y calificación de las acciones transicionales. La Jurisdicción Especial para la Paz ha sido y es objeto de seguimiento por parte de la Fiscalía de la CPI ya que si bien es cierto que desde la Corte se está asumiendo, por el momento, la operatividad del principio de complementariedad positiva y manteniendo las limitaciones impuestas por la ausencia de consenso en la redacción del Estatuto sobre la acción de la CPI en casos de

⁶⁹ Olásolo Alonso, H., “Cuestiones procesales y procedimentales sobre la posición de las víctimas ante la CPI”, *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la CPI* (Ambos, K. et al.), Granada: Comares, 2008, pp. 60-70.

⁷⁰ Burgogue-Larsen, L., “Las víctimas del delito en el proceso penal internacional: el ejemplo de la Corte Penal Internacional”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 12 (2005), pp. 9-32, p. 27.

amnistías, comisiones de la verdad y mecanismos de similar naturaleza⁷¹, es cierto que surge el debate entorno a la labor preventiva y punitiva que está en la naturaleza y acción de la CPI frente a la labor restaurativa que puede inspirar acciones penales transicionales por un lado, y entorno al papel o no vigilante que debiera asumir la CPI en materia de respeto a las normas del debido proceso penal tal y como subraya Gerhard Werle.⁷²

En 2015, el Fiscal Adjunto de la CPI, James Stewart matizaba que el sistema alternativo de sentencias elegido por los colombianos para evitar la repetición de episodios de violencia entre Ejército, paramilitares y guerrilleros, era compatible con el Estatuto de Roma; no obstante hay determinados factores de limitación de la justicia en su vertiente punitiva y retributiva que quedan limitados por esta configuración y que han sido objeto de alertas y recomendaciones por la Fiscalía de la CPI, a saber, la preocupación manifestada en julio de 2013 por el Fiscal Jefe Fatou Bensouda en el sentido de que la suspensión de la ejecución de sentencias por crímenes de guerra, contra la humanidad o el genocidio darían paso a la competencia de la Corte por ausencia de capacidad de persecución por las autoridades nacionales; la reiteración de la preocupación de agosto del mismo año incorporando que el sistema de priorización de prelación para los casos supondrían una conculcación de las garantías del debido proceso y del principio de igualdad, así como una vulneración del factor jerárquico, de mando y de subordinación en la gradación de la responsabilidad⁷³; las declaraciones pronunciadas ante la Cámara de Comercio de Bogotá en noviembre de 2018 por Stewart en el sentido de considerar el establecimiento de una jurisdicción diferenciada para los militares como un elemento distorsionador de la igualdad y de caracterización beneficiosa o parcial para dicho colectivo.⁷⁴

En enero de 2020, la Fiscalía enviaba una misión a Colombia para evaluar los progresos efectuados desde el Reporte Intermedio de 2012, toda vez que las actuaciones de la CPI son posibles desde noviembre de 2004⁷⁵ y teniendo en cuenta que en todo momento la Fiscalía, en su examen sobre admisibilidad y competencia ha seguido de cerca los progresos en el acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera y las características del sistema integral de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición⁷⁶; en las conclusiones sobre la visita la Fiscalía manifestaba un apoyo a las acciones nacionales en tanto en cuanto fuesen compatibles desde el punto de vista fáctico y jurídico con los mandatos de la ratificación del Estatuto de Roma⁷⁷, recordados en el Informe Anual de 2019 de la Fiscalía sobre exámenes preliminares donde se recogen los crímenes que podrían ser enjuiciados por la CPI en caso de no existir procedimientos nacionales que cumplan con los estándares internacionales, a saber, crímenes contra la humanidad (artículo 7) desde el 1 de noviembre de 2002 incluyendo la muerte, el traslado forzoso de población, el

⁷¹ Werle, G. et al., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2017, p. 176.

⁷² *Ibid.*, p. 200.

⁷³ Aksenova, M., “The ICC involvement in Colombia: Walking the Fine Line Between Peace and Justice”, *Quality Control in Preliminary Examination. Volume I* (Bergsmo, M. y Stahn, C., eds.), Brussels: Torkel Opsahl, 2018, pp. 257-282, p. 271.

⁷⁴ Stewart, J., *Complementariedad: una introducción al papel de los tribunales nacionales y la CPI en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1 de noviembre de 2018, párr. 55.

⁷⁵ Bureau du procureur, *Rapport sur les activités menées en 2019 en matière d'examen préliminaire*, 5 décembre 2019, p. 26.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Nota de prensa de la Corte Penal Internacional “*La Fiscalía concluye su misión a Colombia.*”

encarcelamiento y otras formas graves de privación de la libertad y violencia sexual y crímenes de guerra (artículo 8) desde el 1 de noviembre de 2009 por la reserva efectuada por el país en la ratificación, incluyendo muertes, ataques contra población civil, tortura, atentados contra la dignidad personal, violencia sexual como arma de guerra y el empleo de niños en las hostilidades.⁷⁸

Si bien Colombia no es el único supuesto de examen preliminar por la Fiscalía (están abiertos actualmente Guinea, Nigeria, Irak, Palestina, Filipinas, República de Corea, Ucrania y Venezuela⁷⁹), sí es el único que presenta los matices propios del marco transicional ya que, si bien Venezuela podría encajar también en el supuesto, las circunstancias fácticas y contextuales en el marco político del país no permiten aún enmarcarlo en el seno de un proceso transicional. Es una muestra de cómo, según las declaraciones de la propia Oficina del Fiscal en 2019, los sistemas jurisdiccionales especiales en procesos transicionales son admitidos como mecanismo válidos por el DPI y por la labor garantista del mismo de la CPI con la condición de que sirvan para la depuración de las responsabilidades penales individuales requeridas por los mandatos del DPI y se enmarquen dentro de acuerdos de paz o de democratización (principio de legalidad adaptado).⁸⁰ Lo que subyace es lo sintetizado por Stewart: “La cuestión para la Fiscal de la CPI, pero, principalmente, para un Estado Parte del Estatuto de Roma, es cómo cumplir los requisitos de la justicia con arreglo al Estatuto, y asegurar al mismo tiempo una paz duradera.”⁸¹

El caso colombiano es también representativo porque representa el empleo de la moratoria incluida en el artículo 124 del Estatuto de Roma que autoriza a los Estados parte a una moratoria de siete años en la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra cometidos por nacionales o en el territorio del Estado firmante. Odio Benito ha calificado este mecanismo como “esencial en procesos de reconstrucción social de las sociedades en transición.”⁸² Realmente no ha transcurrido aun un plazo de tiempo ni ha habido acciones concretas que permitan valorar la utilidad del mecanismo desde un punto de vista práctico, pero en el marco teórico parece poder tener un impacto positivo en términos de conceder al proceso transicional la autonomía y flexibilidad que requiere la negociación política, pero al mismo tiempo y desde el lado contrario, tiene un componente negativo ya que supone un alargamiento de la impunidad frente a las demandas de las víctimas.

⁷⁸ Bureau du procureur, *Rapport sur les activités menées en 2019...*, p. 27.

⁷⁹ Nota de prensa de la Corte Penal Internacional “*Preliminary Examinations.*”

⁸⁰ Bureau du procureur, *Rapport sur les activités menées en 2019...*, p. 39.

⁸¹ Stewart, J., *El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia*, Conferencias organizadas por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá, y la Universidad EAFIT en Medellín, 30-31 de mayo de 2018, p.3.

⁸² Bureau du procureur, *Rapport sur les activités menées en 2019...*, p. 248.

Apéndice bibliográfico

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (ed.), *Situación de refugiados en el mundo*, Barcelona: Icaria Editorial, 2000.

Almqvist, J. y Espósito, C. (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

Ambos, K. et al., *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la CPI*, Granada: Comares, 2008.

Amengual García-Loygorri, M. P., *Las decisiones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y los perfiles del genocidio*, Tesis Doctoral, Universidad CEU San Pablo, 2017.

Bassiouni, M. C.:

- “El Derecho Penal Internacional: historia, objeto y contenido”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 35 (1982), pp. 5-42.
- “Policy perspective favouring the establishment of the International Criminal Court”, *Journal of International Affairs*, 52 (1999), pp. 795-810.

Benavides, L., “La Obligación de los Estados de reprimir los Crímenes de Guerra como parte de una Justicia Penal Internacional”, *Revista Mexicana de Derecho Público, Administrativo, Constitucional, Internacional*, 2 (2002), pp. 377-381.

Bergsmo, M. y Stahn, C. (eds.), *Quality Control in Preliminary Examination. Volume I*, Brussels: Torkel Opsahl, 2018.

Bousquet, I., “Debido proceso y cooperación estatal en el proceso ante la Corte Penal Internacional”, *Revista Aequitas (Universidad del Salvador)*, 5,(2011).

Burgogue-Larsen, L., “Las víctimas del delito en el proceso penal internacional: el ejemplo de la Corte Penal Internacional”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 12 (2005), pp. 9-32.

Casanova, M., “La Yugoslavia de Tito. El Fracaso de un Estado Multinacional”, *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Hª Contemporánea*, 16 (2004), pp. 337-349.

Centro Internacional para la Justicia Transicional, *¿Justicia, paz o las dos?*, Enfoque paz y justicia, 2009.

De la Fuente Villalaín, M., “Contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda al Derecho Internacional y a la protección de las mujeres en tiempo de conflicto”, *Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria*, 29 de mayo del 2012.

Delmas- Marty, M., “Interactions between national and international criminal law in the preliminary phase of trial at the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, 3 (2005), pp. 1-10.

Drnas de Clément, Z., “Principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias sistémicas”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 9 (2001), pp. 51-89.

Futamura, M., “Individual and Collective Guilt: Post-war Japan and the Tokyo War Crimes Tribunal”, *European Review*, 14 (2006), pp. 471-483.

Gómez-Robledo verduzco, A., *Temas selectos de Derecho internacional*, 5ª ed, UNAM, 2008.

Gordon, G. S., “Toward an International Criminal Procedure. Due Process Aspirations and Limitations”, *Bepress Legal Series*, septiembre, 2006.

Irigoin Barrene, J., “El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional de Naciones Unidas”, *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 25 (1998), pp. 395-400.

Nouwen, S., “Hybrid Courts: The Hybrid Category of a New Type of International Criminal Courts”, *Utrecht Law Review*, 2, (2006), pp. 190-214.

Pérez Vizán, A., “Las víctimas ante la Corte Penal Internacional ¿El final del oxímoron víctimas-justicia internacional?”, *Revista de Derechos Humanos Dfensor*, 7 (2011), pp. 22-29.

Pinto, M., *Un tribunal internacional para las violaciones de los derechos humanos*, La Ley, 27 de agosto de 1993.

Prunier, G., *Africa's world war: Congo, The ruandan genocide and the making of a continental catastrophe*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

Reiger, R. y Wierda, M., "The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect", *Prosecution Case Studies Series, International Center for Transitional Justice*, Marzo 2006.

Reinares, F., "Conceptualizando el terrorismo internacional", *Análisis del Real Instituto Elcano*, 82 (2005).

Roberge, M.C., "Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 114 (1997).

Robinson, D., "Serving the interests of justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, 14 (2003), pp. 481-505.

Sassóli, M., "La première décision de la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: Tadic (compétence)", *R.G.D.I.P.*, 100 (1996), pp. 101-134.

Singer, R., *Criminal Procedure II: from Bail to Jail*, 2ª ed., New York York: Wolters Kluwer, 2008.

Stahn, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2015.

Stewart, J.:

- "Complementariedad: una introducción al papel de los tribunales nacionales y la CPI en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales", *Cámara de Comercio de Bogotá*, 1 de noviembre de 2018.
- *El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia*, Conferencias organizadas por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá, y la Universidad EAFIT en Medellín, 30-31 de mayo de 2018.

Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2009.

Tamarit Sumalla, J. (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona: Atelier, 2010.

Torres, M. y Bou Franch, V., *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a las configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Truyol y Serra, A., *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 2ª Edición, F. Seix, Barcelona, 1955

Ventura Torres, M. E., "La relación entre los Derechos Humanos y la Justicia Penal Internacional", *Revista IIDH*, 59 (2014), pp. 303-344.

Werle, G.:

- *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Zidek, N., *Justicia Transicional y la ampliación de la Unión Europea a Croacia y Serbia*, Tesis Doctoral en Ciencia Política y de la Administración, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

Documentos y sentencias de la Corte Penal Internacional:

Bureau du Procureur, *Rapport sur les activités menées en 2019 en matière d'examen préliminaire*, 5 décembre 2019.

Notas de prensa de la Fiscalía:

- "La Fiscalía concluye su misión a Colombia."

- “*Preliminary Examinations.*”

Oficina del Fiscal:

- *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, Corte Penal Internacional, noviembre 2013.
- *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, Corte Penal Internacional, septiembre 2003.

Sentencia de la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional relativa al caso Katanga, *Décision Relative à la Peine* (art.76 du Statut), Katanga, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-01/07-3484, TC II, ICC, 23 Mai 2014.

Documentos de organismos de Naciones Unidas:

Consejo de Seguridad:

- *Resolución 808 por la que se establece el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, 22 de Febrero de 1993.
- *Resolución 1272 por la que se establece la Administración de Transición de Naciones Unidas en Timor Leste*, 25 de octubre de 1999.
- *Resolución 1595 por la que se crea una Comisión Internacional Independiente de Investigación para el Líbano*, 7 de abril de 2005.
- *Resolución 1644 por la que autoriza las negociaciones entre la Secretaría General de Naciones Unidas y el gobierno del Líbano*, 15 de diciembre de 2005.
- *Resolución 1325 por la que se insta a la inclusión de la perspectiva de género en la realización de todas las competencias del Consejo de Seguridad y la Secretaría General de las Naciones Unidas*, 31 de octubre del 2000.

Crónica de la ONU, New York, Volumen XXXI, nº 2, junio de 1994.

De Greiff, P., *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición sobre España*, Consejo de Derechos Humanos, 27º período de sesiones, 22 de julio de 2014.

Group of Experts for Cambodia, *Report to General Assembly established in the resolution 52/135*, febrero 1999.

Paneles del Programa de Divulgación sobre el Genocidio en Rwanda y las Naciones Unidas.

Secretaría General, *Carta del Secretario General de Naciones Unidas al Consejo de Seguridad donde se incluye el Informe final de la Comisión de Expertos para Ruanda*, 9 de diciembre de 1994, Doc. S/1994/1405.

Secretario General, *Séptimo Reporte sobre la Misión de Observadores de Naciones Unidas en Sierra Leona*, Consejo de Seguridad, 31 de octubre del 2000.

Special Rapporteur, *Situation of human rights in East Timor*, Commission on Human Rights, 10 de diciembre de 1999.

Documentos de los tribunales penales internacionales ad hoc e híbridos:

Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea. Phnom Penh, 6 June 2003.

Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda relativa al caso nº ICTR-96-4-T, Fiscal c. Jean- Paul Akayesu, 2 de septiembre del 1998, prueba testimonial.

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda relativa al caso Rwamabuka, *Prosecutor v. Rwamakuba*, ICTR-98-44-T, Dec. 12, 2000, párr. 22.

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, Decision on the defence motion on jurisdiction in the trial Chamber, Document It-94-I-T, 10 de agosto de 1995.

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, Prosecutor's pre-trial brief for Tadic, 10 de abril de 1996, Document IT-94-1-T.

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, Appeals Chamber The Prosecutor v. Dusko Tadic "Dule", Case IT-94-1-A, Judgment, 15 de Julio de 1999.

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, Decision of the president on the defence motion filed pursuant to rule 64 en el asunto T. Blaskic.