

El derecho internacional penal y el garantismo penal. Tensiones y contradicciones en el procedimiento ante la Corte Penal Internacional

International Criminal Law and Penal Guarantism.
Tensions and Contradictions in the Proceedings
before the International Criminal Court

Direito penal internacional e garantismo penal.
Tensões e contradições nos processos perante
o Tribunal Penal Internacional

Efrén Ismael Sifontes Torres*

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2025

Fecha de aprobación: 5 de mayo de 2025

Doi: xx

Para citar este artículo: Sifonte Torres, E. I. (2025). El derecho internacional penal y el garantismo penal. Tensiones y contradicciones en el procedimiento ante la Corte Penal Internacional. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 13, 1-26. <https://>

Resumen

Desde sus orígenes, el derecho internacional penal se erige sobre un fin central: “la lucha contra la impunidad”, receptado expresamente en el Estatuto de Roma. No obstante, la consagración de este fin puede conllevar un modelo procesal que favorezca ciertas manifestaciones de activismo judicial, lo cual puede entrar en tensión con las concepciones garantistas del derecho penal. Para estas posturas, el único fin procesal legítimo es emitir una decisión autoritativa que confirme o desmienta, con base en las pruebas presentadas en el juicio, la imposición de una pena. Este trabajo propone un análisis teórico y normativo de estas tensiones, al

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina); maestrando en Derecho Penal por la Universidad de San Andrés (Argentina). Miembro del Observatorio de Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: efreñismael@gmail.com

mesmo tiempo que examina, desde la práctica judicial de la Corte Penal Internacional, cómo los fines particulares del derecho internacional penal influyen en cómo los jueces interpretan las normas penales y sus facultades. Finalmente, se reflexiona sobre el carácter *sui generis* del poder punitivo internacional y se cuestiona si las incompatibilidades identificadas ameritan un replanteamiento de las bases de esta rama del derecho.

Palabras clave: Corte Penal Internacional; garantismo penal; Estatuto de Roma; lucha contra la impunidad; decisionismo judicial.

Abstract

Since its inception, international criminal law has been based on a central aim: “the fight against impunity”, expressly enshrined in the Rome Statute. However, the recognition of this purpose may lead to a procedural model that favors certain manifestations of judicial activism, which could come into tension with the garantism conceptions of penal law. For these positions, the only legitimate procedural purpose is to issue an authoritative decision that confirms or denies, based on the evidence presented at trial, the imposition of a punishment. This paper proposes a theoretical and normative analysis of these tensions, examining, through the judicial practice of the International Criminal Court, how the particular purposes of international criminal law influence judges’ interpretations of criminal norms and their faculties. Finally, it reflects on the *sui generis* character of international punitive power and questions whether the incompatibility identified warrants rethinking the foundations of this branch of law.

Keywords: International Criminal Court; penal garantism; Rome Statute; fight against impunity; judicial decisionism.

Resumo

Desde suas origens, o direito penal internacional foi construído sobre um propósito central: a luta contra a impunidade, expressamente incluída no Estatuto de Roma. No entanto, a consagração dessa finalidade pode acarretar um modelo processual que privilegie certas manifestações de ativismo judicial, que podem entrar em tensão com as concepções garantidoras do direito penal. Para essas posições, o único propósito processual legítimo é emitir uma decisão autoritária que confirme ou negue, com base nas provas apresentadas no julgamento, a imposição de uma penalidade. Este artigo propõe uma análise teórica e normativa dessas tensões, ao mesmo tempo que examina, a partir da prática judicial do Tribunal Penal Internacional, como os propósitos particulares do direito penal internacional influenciam

o modo como os juízes interpretam as normas penais e seus poderes. Por fim, reflete-se sobre a natureza *sui generis* do poder punitivo internacional e questiona-se as incompatibilidades identificadas merecem um repensar das bases desse ramo do direito.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional; garantismo penal; Estatuto de Roma; luta contra a impunidade; decisionismo judicial.

Introducción

Antes de dar entrada de lleno al estudio que nos ocupa, resulta conveniente dar un paso atrás y definir lo que será el objeto central de este ensayo: el derecho internacional penal (DIP). Werle (2005) lo define como “todas las normas que fundamentan una punibilidad de forma directa en el derecho internacional” (p. 76), enunciación similar a la que emplea Kress (2009) para distinguir lo que él identifica como el DIP *stricto sensu* de otras aserciones que podría tener este vocablo (pp. 1-3). Así, de acuerdo con este autor, en el foco de la disciplina del DIP *stricto sensu* está el proteger valores fundamentales de la comunidad jurídica internacional en su conjunto y articular el *ius puniendi* internacional (Kress, 2009, p. 4).

Ahora bien, cabe preguntarse ¿son los fines de este *ius puniendi* internacional iguales a los sistemas del derecho penal nacional? Desde el surgimiento de esta rama del derecho internacional hasta nuestros días, se han afianzado ciertos principios del DIP de tenor existencialista: es decir que explican a la disciplina como el mecanismo para condenar a los individuos responsables por aquellos crímenes considerados especialmente graves.

Así, es la magnitud de estos hechos y la manera en la que conmueven a la sociedad mundial lo que ha llevado a que el fin de “luchar contra la impunidad” se afiance en las bases centrales y existenciales del DIP, y como tal se encuentra reflejado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI).

El sistema del Estatuto de Roma (ER)¹ construye un procedimiento derivado de distintas tradiciones jurídico-penales² que mantiene, al igual que los procesos penales locales, el fin de alcanzar un grado de certeza positiva —bajo el estándar de más allá de toda duda razonable consagrado en el artículo 66(3) del ER— que permita afirmar que determinada persona cometió el crimen que se le imputa —cf. ER, art. 74(2)—.

Sin embargo, los párrafos 4 y 5 del preámbulo incorporan al procedimiento de la Corte un fin adicional. Allí se establece que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo” y los Estados se encuentran decididos a “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes”, para lo cual crean esta Corte.

La creación de un tribunal con el fin de perseguir y condenar personas se encuentra en las antípodas de las bases del derecho penal liberal. Para estas posturas, el derecho penal no debe ser visto con un fin punitivo, sino como una herramienta

1 Que incluye también a las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP), los Elementos de los Crímenes (EC) (ER, art. 21.1), así como el Reglamento de la Corte y otros documentos conexos.

2 Sobre la naturaleza del procedimiento penal internacional, ver: Ambos (2005a).

de contención del *ius puniendi* (Zaffaroni, 2002, p. 5), para lo cual se construye un proceso de conocimiento y refutación de hipótesis y contrahipótesis, con el objetivo de llegar a un resultado que es la sentencia (Finkelstein, 2018, p. 1).

En este tenor, el presente ensayo plantea un análisis crítico a los fines que rigen al DIP. Se sostiene que su persecución impregna todo el procedimiento judicial que se crea con el ER, lo que resulta incompatible en su esencia y razón de ser con un modelo garantista del procedimiento penal. Esta doctrina, lejos de entender el procedimiento como el ejercicio por parte de un tribunal de justicia de una misión de luchar contra un mal —la impunidad—, lo conciben como un “mecanismo para determinar la verdad o falsedad de una hipótesis de un hecho del pasado” (Pastor, 2006, p. 124).

Frente a ello, me propongo abordar estas tensiones a partir del estudio de “lucha contra la impunidad” como un fin procesal-penal legítimo, y el dilema que representa en un modelo de derecho penal garantista. Seguidamente, analizaré tres problemas que considero son paradigmáticos del decisionismo judicial que este tipo de fines habilita: en primer lugar, la forma en la que se aplica el principio de legalidad en su faceta de *lex certa*; en segundo lugar, la “búsqueda de la verdad” como una justificación para un mayor activismo judicial contrario a los derechos del acusado; y, en tercer lugar, el ‘interés de la justicia’ como válvula de escape empleada por los jueces para justificar decisiones que atentan en contra de un juicio justo. Finalmente, elaboraré algunas reflexiones en torno a la cuestión de si la persecución de estos fines por parte del DIP ha resultado en una deriva tal de los principios esenciales del derecho penal liberal moderno que ameritan que sean replanteados a la luz de su compatibilidad con los derechos humanos (DD. HH.) del acusado.

1. El dilema central: ¿puede existir impunidad frente a un crimen no atribuido?

La lucha contra la impunidad constituye uno de los pilares que rige al sistema del DIP. En palabras de los mismos jueces de la Corte: “[E]l Estatuto [de Roma] representa un marco jurídico universal que pretende sintetizar y aprovechar las mejores normas jurídicas del derecho internacional y del derecho interno con el objetivo de luchar contra la impunidad” (*Fiscal c. Kenyatta*, 2013, párr. 117).

Para los jueces, la “lucha contra la impunidad” constituye la misión y objetivo de la Corte, por lo que deben “balancear los derechos de los acusados con la necesidad de responder a las expectativas de las víctimas y de la comunidad internacional” (*Fiscal c. Lubanga*, 2007, párr. 86).

De esta manera, se lo concibe como un fin que todos los órganos de la Corte (incluyendo los jueces) están llamados a alcanzar. Ello influye no solo en el proceso, sino también en la justificación de la pena, siendo que la lucha contra la impunidad justifica el fin retributivo de la pena en el sistema del ER (*Fiscal c. Bemba Gombo*, 2016, párr. 10). Además, representa la cristalización del modelo de prevención general negativa que el mismo preámbulo contempla.

No obstante, para luchar contra la impunidad, primero tenemos que definir el objeto contra el cual estamos batallando. Si bien el Estatuto de Roma no contempla una definición concreta del término ‘impunidad’, otros organismos internacionales han buscado dotarlo de significado y delimitar su contenido.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que se entiende por impunidad “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana [...]” (*Paniagua Morales y otros c. Guatemala*, 1988, párr. 89).

Por su parte, la definición de impunidad contenida en el Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, elaborado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (1997), revela un interesante núcleo conceptual del término. Allí, se definió la impunidad como “la inexistencia, de hecho, o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, [...] porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas” (p. 19).

Podemos entonces definir el concepto de “luchar contra la impunidad” como un imperativo: aquellas personas que cometieron actos atroces no deben quedar exentos de responsabilidad penal, y deben ser condenados. Frente al riesgo de que ‘escapen de la justicia’, el ER construye en el artículo 17 un mecanismo —complementariedad— para delimitar cuándo la Corte debería actuar si los Estados obstaculizan su mandato de lucha contra la impunidad.

En este punto se observa claramente lo que llamo la ‘paradoja de la lucha contra la impunidad’: si este fin manda a castigar a los responsables por los crímenes más graves, es solo porque ha sido posible establecer de manera previa la existencia de este hecho y su atribución a la persona como autor/a, lo que amerita que el aparato represivo internacional lo condene. Sin embargo, es precisamente el proceso penal el que permite determinar si una persona es o no responsable por un hecho que es de por sí incierto. Por ende, no es posible a través de un proceso penal “luchar contra

la impunidad”, pues ella ya presupone la determinación tanto del hecho como de la persona responsable.

Ferrajoli articula de manera precisa la premisa central del proceso a través de lo que él denomina principio de jurisdiccionalidad, expresado en el axioma *nulla culpa sine iudicio*. El castigo impuesto por la pena solo puede reconocer como presupuesto de validez la atribución de responsabilidad realizada luego de un proceso de conocimiento en el que confluyan: acusación, prueba y defensa, expresados bajo las tesis *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione y sine defensione* (Ferrajoli, 1989, p. 540).

En este sentido, la estricta jurisdiccionalidad exige dos condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo; y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación (Ferrajoli, 1989, p. 36). Este resulta ser el único fin procesal legítimo: la determinación de un hecho del pasado con base en la prueba producida en el juicio, y cuyo valor de verdad sea valorado por los jueces, en el marco de un respeto irrestricto de los derechos de la persona acusada.

Bajo este esquema, el fin de “lucha contra la impunidad” resulta altamente conflictivo. Como se demostrará en el presente trabajo, su introducción abona a un mayor decisionismo judicial contrario a los derechos de la persona acusada. En cambio, responde a una corriente que Eiroa (2009) ha llamado “maximalista” del DIP, que otorga prioridad a los fines de retribución, disuasión y estigmatización, los cuales aconsejan la imposición de penas ejemplares por su gravedad (p. 221).

La adopción de alguno de estos modelos (modelo garantista y modelo maximalista del DIP) influye en el rol que se les otorgará a los jueces durante el juicio. Para la postura garantista, el ejercicio de la jurisdicción no solo implica la aplicación de la ley a un supuesto de hecho, sino que, además, requiere que quien la ejerce arribe a una conclusión lógica y fundada con base en lo que ha escuchado en el juicio, lo que se traduce en la sentencia.

De esta manera, la sentencia se construye basada en el conocimiento que la persona del juez ha adquirido a través del proceso, y debe fundar su decisión apoyada en argumentos cognoscitivos en cuanto al hecho y reconocitivos en derecho. Por ende, los jueces no pueden perseguir ningún interés, sino solo la determinación de la responsabilidad del acusado, en cada causa que conozcan, después de un juicio contradictorio.

Esto implica que estas tareas las tiene que llevar adelante alguien dotado tanto de imparcialidad como de independencia. Mientras que la imparcialidad siempre es vista como una garantía del imputado, descrita como la ajenidad del juez frente

a los intereses en pugna en un caso concreto, la independencia representa la exterioridad del juez al sistema político y, más en general, a todo el sistema de poderes (Ferrajoli, 1989, p. 580).

Si bien el ER en su artículo 40(1) reconoce que los jueces de la Corte serán independientes en el desempeño de sus funciones, es el Código de Ética Judicial (2022)³ en su artículo 3(2) el que establece el alcance de esta garantía en el sistema de la CPI, al definir que “los jueces decidirán los asuntos de que conozcan basándose en los hechos y de conformidad con la ley, sin tener en cuenta restricciones, influencias indebidas, inducciones, presiones, amenazas o interferencias, directas o indirectas, procedentes de cualquier parte o por cualquier motivo”.

No obstante, poner en cabeza de los jueces una suerte de activismo de luchar contra la impunidad es confundir los roles propios del proceso penal, entre quien está llamado a acusar (Fiscalía) y quien está llamado a decidir (juez).⁴ A su vez, conduce a una falta de independencia de los jueces, pues es su misma ley de funcionamiento (el Estatuto de Roma) la que les está dando una misión clara de luchar para que los “responsables de los crímenes más graves no queden impunes”.⁵ Finalmente, se ve afectada la imparcialidad, ya que es claro que un juez con una misión combativa como la que consagra el ER tendrá un interés en la resolución del caso.

Este sucinto desarrollo teórico me permite plantear algunas preguntas: ¿cómo podemos compatibilizar la figura del juez del modelo garantista con el mandato que el preámbulo del ER le asigna? ¿Cómo se asegura la independencia e imparcialidad del juez cuando la misma ley —el ER— lo obliga a perseguir estos fines? La respuesta es clara, no es posible en un modelo garantista, pero sí aceptable en uno guiado por la producción de condenas.

Reconozco que no en todos los casos la CPI ha condenado o, incluso, no ha confirmado los cargos. Sin embargo, este resulta ser un contraargumento que no reconoce el hecho de que aquellos imputados que son llevados ante la Corte se enfrentan a un tribunal con una misión clara: luchar contra la impunidad, y, tal como se ha visto en las definiciones anteriormente esbozadas, solo mediante la condena es posible que la Corte haga realidad el fin de su creación.

3 La Sala de Apelaciones ha recordado que, aunque el Código de Ética Judicial es de carácter consultivo, sirve de directriz para los jueces sobre las normas éticas esenciales que se exigen a los jueces en el ejercicio de sus funciones (CPI, *Fiscal c. Bosco Ntaganda*, 2021, párr. 84).

4 Como fue señalado anteriormente, la lucha contra la impunidad es un fin que tienen todos los órganos de la CPI como tal. Ello no obsta que sea claramente problemático el incluir en esta misión a quienes tienen el mandato de decidir el caso concreto.

5 En palabras de Perfecto Andrés Ibáñez, el juez no puede ser un partisano, pues los jueces no luchan. En cambio, el juez decide desde una posición de equidistancia acerca de la veracidad o falsedad de una hipótesis acusatoria que es presentada ante él y cuyo conocimiento es refinado a través de la contradicción (Universidad de Salamanca, 2019, 15 min 30 s).

2. El rol del juez en el proceso ante la CPI: ¿imparcial o activista? Algunos institutos y prácticas controversiales

Más allá del fin de luchar contra la impunidad, son los jueces los llamados a llevar adelante su tarea en ejercicio de la jurisdiccionalidad. Las tensiones entre ambos modelos se observan claramente en la manera en la que los jueces aplican las normas e interpretan su razón de ser. En este apartado ilustraré tres ejemplificativos problemas de la adopción del modelo ‘maximalista’, siguiendo la terminología de Erioa.

2.1. La falta de certeza de los tipos penales internacionales

El axioma de lucha contra la impunidad afecta la forma en la que ciertas garantías básicas del derecho penal moderno se aplican en el marco del ER. Considero que es en el principio de legalidad penal (ER, art. 22) en el que las tensiones entre el modelo de juzgamiento garantista y los fines que el preámbulo asigna a la Corte se observan más claramente.

El principio de legalidad, como sabemos, tiene cuatro dimensiones: el imperativo de que la ley penal sea escrita (*lex scripta*), el mandato de interpretación de manera estricta (*lex stricta*), su prerequisite de que sea anterior al hecho del proceso (*lex praevia*) y la necesidad de que su redacción sea lo más clara posible (*lex certa*).

Si bien el Estatuto de Roma vino a dar respuesta a las duras críticas formuladas contra los tribunales antecesores a la CPI respecto de la aplicación retroactiva de la ley penal,⁶ y su jurisdicción material se encuentra expresamente delimitada en los artículos 5º a 8bis (en conjunto con los EC), persisten las dificultades de determinación normativa de varios tipos penales, contrario a la máxima de *lex stricta*. Este mandato se encuentra expresamente receptado en la letra del ER, cuando el artículo 22(2) indica que la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía.

Estas deficiencias de índole de determinación penal tienen efectos claros sobre el ejercicio de valoración cognoscitivo propio de la sentencia. La estricta jurisdiccionalidad supone lógicamente una estricta legalidad, puesto que el carácter escrito, preciso, previo y concreto de la conducta punible es lo que determina la hipótesis fáctica que constituye el objeto del procedimiento. De esta forma, Ferrajoli (1989) explica que “allí donde los supuestos típicos generales y abstractos son definidos de manera precisa por la ley y aplicados en el juicio, resultan exactamente determinadas las proposiciones susceptibles de prueba” (p. 37).

6 Abordadas por Kelsen (2023), quien sostuvo que los delitos que fueron enjuiciados por ejemplo en Núremberg ya eran en su mayoría delitos ordinarios, según el derecho nacional de los acusados, por lo que tal problemática no existía (p. 147).

Por ende, el presupuesto necesario de la verificabilidad y de la refutabilidad propia de un proceso penal reside en que las definiciones legales que establecen las connotaciones de las figuras abstractas de delito sean lo suficientemente precisas como para permitir, en el ámbito de la aplicación de la ley, la denotación jurídica de hechos empíricos determinados (Ferrajoli, 1989, p. 121).

En el marco del ER, creo que el caso más paradigmático de este problema es el crimen receptado en su artículo 7(1)(k), es decir, el de otros actos inhumanos de igual carácter a los demás crímenes de lesa humanidad (CLH). Este crimen, que tiene en su núcleo una indeterminación típica clara, habilita a recurrir a analogías *ejusdem generis* (o de la misma naturaleza), lo que parecería ya contradictorio con el artículo 22(2) del ER (Rauter, 2017, p. 49).

Sobre este crimen, la Sala de Primera Instancia de la Corte en el caso contra Dominic Ongwen sostuvo que su formulación no puede ser utilizada para expandir de forma acrítica el alcance de los CLH, por lo que su interpretación debe realizarse conforme la “esencia de la ofensa y de una manera que podría llevar a hacerla razonablemente previsible” (*Fiscal c. Ongwen*, 2021, párr. 2741).

Esta regla hermenéutica que establece la Sala no logra sortear del todo la objeción de *lex certa* que pesa contra este crimen. En primer lugar, dado que la formulación “esencia de la ofensa” es de una indeterminación jurídico-penal absoluta. Además, aun cuando se fijaran parámetros concretos para valorarlo, seguiría siendo un criterio jurisprudencial y como tal volátil e incierto, pues, conforme el artículo 21(2) del ER, los precedentes no son de obligatorio cumplimiento. En segundo lugar, hacer pesar la interpretación sobre la base de lo que “podría hacerla razonablemente previsible” conlleva poner en cabeza del presunto autor la completitud de los elementos del crimen sobre la base de un juicio subjetivo acerca de lo que sería o no “razonablemente previsible”, lo cual resulta a todas luces incompatible con el principio bajo estudio.

La lógica de expansión punitiva que se encuentra detrás de este crimen se observa de manera evidente en el siguiente pasaje del comentario al artículo 3º común a los Convenios de Ginebra del Comité Internacional de la Cruz Roja, que fue rescatado por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia: “Por mucho cuidado que se pusiera en la elaboración de una lista de todas las formas de infligir tormentos, nunca se podría abarcar la imaginación de los futuros torturadores que quisieran satisfacer sus instintos bestiales; y cuanto más específica y completa intenta ser una lista, más restrictiva resulta” (*Fiscal c. Kupreškić et al.*, 2000, párr. 563).

Con un lenguaje más refinado, pero aun así de indudable expansión punitiva, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI definió el contenido del crimen como “violaciones graves del derecho internacional consuetudinario y de los derechos fundamentales, extraídos de las normas del derecho internacional de los derechos humanos” (*Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui*, 2008, párr. 448).⁷

En consecuencia, esta cláusula ha llevado a que diversas situaciones entren bajo el paraguas de otros actos inhumanos. Mientras que en la CPI el caso más paradigmático se observa en la condena a Dominic Ongwen por actos de matrimonio forzoso, en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* actos como la transferencia forzosa de la población,⁸ prostitución forzosa o la imposición de condiciones deplorables de detención han sido consideradas como constitutivas de este crimen (Hall & Stahn, 2016, p. 238).

Por ende, una interpretación armónica del principio de legalidad y la redacción del artículo 7(1)(k) del ER parece insalvable. Pensar cláusulas ‘atrapatodo’ lleva indefectiblemente a incentivar la creatividad judicial, y, tal como señala Broomhall (2016), “la lentitud de los Estados parte para modificar las definiciones de crímenes contenidas en el Estatuto [de Roma], incluso ante una necesidad internacional apremiante, no otorga a los jueces el poder de suplantar al legislador autorizado” (p. 961).

Otras fórmulas típicas contenidas en el ER son igualmente problemáticas para el principio bajo análisis: por ejemplo, la referencia a “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”, contenida en la definición del CLH de persecución —artículo 7(1)(h)—, obliga al juez a remitir a un cuerpo normativo indeterminado como lo es el derecho internacional para completar la definición del crimen.

7 Definición que además parece solaparse con la del CLH de persecución como privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional —ER, art. 7(2)(g)—.

8 En el caso de este crimen, la Sala de Juicio en el caso Stakić declinó los cargos, por considerar que la formulación del crimen abarca una gama potencialmente amplia de conductas delictivas y puede considerarse que carece de la suficiente claridad, precisión y definición. No obstante, la Sala de Apelaciones revirtió la decisión, aun cuando ninguna de las partes había recurrido a este fragmento de la sentencia, sobre la base de que “se trata de una cuestión de gran importancia para la coherencia de la jurisprudencia del Tribunal que justifica un examen *proprio motu*”. Más allá del análisis a la luz del principio de legalidad, la Sala de Apelaciones parece haber puesto la obligación de condenar —disfrazada a través de una suerte de necesidad de coherencia jurisprudencial— por delante de un principio esencial del proceso penal respecto de la delimitación de la instancia recursiva a lo que las partes se agravian (*Fiscal c. Stakić*, 2003, párr. 719; *Fiscal c. Stakić*, 2006, párr. 314).

Este tipo de referencias a otras normas para completar el tipo penal, definidas por la doctrina como “leyes penales en blanco” (Roxin, 1997, p. 156), es uno recurrente a lo largo de la tipificación de los crímenes en el ER.⁹ Por ende, es necesario que se empleen pautas claras de remisión normativa, a fin de evitar que el principio de legalidad se vea violado.

De esta forma, solo cuando el cuerpo normativo al que refieren otorga claridad, previsibilidad y, de ningún modo, amplía la materia prohibida de la tipificación se podría afirmar que el principio de legalidad se encuentra salvado (TEDH, Opinión Consultiva P16-2019-001, 2020, párr. 73).

La indeterminación de los tipos penales no solo resulta problemática para el principio de legalidad sustantivo, sino que, como se vio, tiene un impacto en el procedimiento, pues es la norma penal abstracta la que determinará la hipótesis acusatoria, y delimitará, por ende, el objeto procesal. Ello, sumado al fin de “luchar contra la impunidad”, deriva en un riesgo de expansionismo punitivo (como se ha evidenciado en este acápite).

2.2. Los jueces y el fin de buscar la verdad

A la luz del principio acusatorio reflejado en el artículo 66(2) del Estatuto de Roma, es la Fiscalía la que tiene la carga de demostrar la culpabilidad del acusado, teniendo la defensa el derecho de presentar contrapruebas, pero nunca la obligación —cf. ER, art. 67(1)(i)—.

Por su parte, frente al sometimiento de la hipótesis acusatoria a verificación y refutación —objeto central del proceso penal, como ya se ha dicho—, será tarea del juez valorar si esta se encuentra convalidada, mientras se encuentre apoyada por pruebas y contrapruebas según la máxima *nullum iudicium sine probatione*. La evidencia, de esta manera, se erige como el instrumento que permite al juez conocer los hechos objeto de juicio.

Este fin cognoscitivo del proceso penal ha sido muchas veces asociado con el fin procesal de “búsqueda de la verdad”. Apoyado en este fin, el Estatuto de Roma rompe una vez más con la distinción acusador-decisor antes descrita y les otorga a los jueces la facultad de pedir a las partes la producción de todas las pruebas que estos consideren necesarias —ER, art. 69(3)—, incluso prueba adicional a las ya reunidas con antelación al juicio, o que ya han sido presentadas durante aquel —ER, art. 64(6)(d)—.

9 Especialmente en lo que tiene que ver con los crímenes de guerra y la remisión expresa que hace el *chapeau* del artículo 8º y los EC al derecho internacional humanitario como marco de interpretación (cf. EC, art. 8º, Intro., párr. 2).

En este punto, los fines de búsqueda de la verdad y lucha contra la impunidad encuentran convergencia. En palabras de la jueza Herrera Carbuccion (2006), la posibilidad que el ER les da a los jueces de determinar a las partes que produzcan cierta prueba adicional no es solo una facultad, sino una obligación, dado que “(l)os jueces no sólo deben decidir sobre lo que las partes afirman. También deben determinar la verdad, y en esa tarea la interpretación puede consistir entonces no sólo en encontrar lo que las partes querían, sino también lo que interesa a la comunidad, lo que exigen los derechos humanos, o lo que moralmente es la mejor respuesta” (párrs. 28 y 29).

Este imperativo moral que los jueces pretenden avalar mientras afirman la salvaguardia de la garantía a un ‘juicio justo’ para el acusado ha llevado al absurdo de justificar la reapertura de casos ya declarados cerrados conforme con las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP).

En efecto, en el caso contra Jean Pierre Bemba Gombo, la Sala de Primera Instancia interviniente había declarado cerrado el período de prueba conforme la Regla 141(1) de las RPP. No obstante, posteriormente procedió a la reapertura del caso justificándolo en la existencia de nueva evidencia que se había dado a conocer. Esta ‘nueva evidencia’ no solo puede consistir en pruebas de las que no se disponía al cierre del caso, sino también de pruebas de las que, aun cuando estuvieran disponibles anteriormente, su importancia se reveló a la luz de nuevas pruebas (*Fiscal c. Bemba Gombo*, 2014, párr. 25).

Esta doctrina de la ‘nueva evidencia’¹⁰ constituye un claro caso de activismo judicial contrario al rol que debería otorgarse a los jueces conforme fue establecido en la primera parte del presente ensayo. Así, la “lucha contra la impunidad” y la “búsqueda de la verdad” se convierten en las banderas que los jueces enarbolan a lo largo de todo el proceso,¹¹ cuestión que debe ‘balancearse’ con el derecho al acusado a obtener un juicio justo (*Fiscal c. Lubanga*, 2008, párr. 121).

Sin embargo, cabe preguntarse qué clase de juicio justo podría recibir una persona acusada cuando la autoridad dispuesta para juzgar si cometió o no el crimen que se le imputa decide que es necesaria la producción de más evidencia, bajo el argumento de esclarecer un concepto tan indeterminado como ‘la verdad’.

10 Resulta además llamativo este tipo de razonamiento cuando la aparición de una nueva prueba se encuentra regulada ya en el artículo 84 del ER a través del recurso de revisión. Claro está, su regulación presume la existencia de una sentencia condenatoria que amerita ser corregida en beneficio de la persona imputada, por lo que, frente a la deficiencia probatoria de la acusación (por ejemplo, una circunstancia agravante no demostrada en el juicio), nunca correspondería este recurso.

11 Los mismos jueces han reafirmado que la búsqueda de la verdad es el principal objetivo de la Corte en su conjunto (*Fiscal c. Bemba Gombo*, 2008, párr. 11).

Se ha argumentado que la función de la CPI va más allá de la de un tribunal penal ordinario. Bajo esta perspectiva, dado el tipo de hechos atroces que usualmente son objeto de juicio, las partes y la Corte tienen el deber adicional de aclarar en la medida de lo posible los hechos históricos del caso. Por ello, no basta con que los jueces cuenten con la información suficiente para tomar una decisión en el caso concreto (sea la de condenar o absolver), sino que tienen que asegurarse de que la verdad sea determinada (Piragoff & Clarke, 2016, p. 1734).

Ahora bien, ¿qué tipo de verdad se puede alcanzar por medio de un juicio penal, cuyo fin debería estar circunscripto a la corroboración de todos los elementos empíricos y normativos para aplicar una pena? La adscripción a una suerte de verdad absoluta que debe ser alcanzada por medio del proceso recuerda a los procedimientos inquisitivos del Antiguo Régimen, en los que este tipo de imperativos justificaba el avasallamiento de los derechos de la persona acusada.

En cambio, reconociendo las limitaciones propias del proceso penal, su razón de ser histórica y la imposibilidad fáctica de alcanzar una verdad universal absoluta, la verdad perseguida como fundamento de una condena no debería ser otra que una verdad procesal. Esta solo es alcanzada mediante el respeto a reglas precisas, relativa solo a hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes, y, en su centro, es una verdad netamente aproximativa, en el sentido de que la hipótesis acusatoria se encuentre probada como lógicamente probable o razonablemente plausible (Ferrajoli, 1989, p. 54).

Así, el concepto de verdad procesal busca determinar la correspondencia entre el enunciado acusatorio y una realidad limitada a la evidencia que se presentó durante el proceso, solo pudiendo condenar si se comprueba que la hipótesis acusatoria se encuentra demostrada más allá de toda duda razonable.

Con ello se busca ilustrar una cuestión que ha sido cada vez más evidente para el derecho penal, pero que para el DIP parece esquiva: el proceso penal moderno no está diseñado para el establecimiento de la verdad material o histórica, que es de por sí irreconstruible como hecho del pasado.

No obstante, como apunta Nicolás Guzmán (2018), el proceso penal no renuncia a la búsqueda de la verdad, pero lo hace ya no como fin en sí mismo, sino que lo ubica como una condición necesaria para el dictado de una condena. Por ello, “la verdad procesal resulta determinada por esa estructura de referencia que es el proceso y por las reglas que lo regulan, y por tal razón, no puede hablarse de verdad más que en términos de relatividad, nunca de absolutez” (pp. 61 y 48).

Nuevamente el problema reside en el propio ER, que, en palabras de los jueces Ekaterina Trendafilova y Cuno Tarfusser (2015), “construye un sistema que otorga

una función proactiva a los jueces en el proceso de establecimiento de la verdad” (párr. 27). De este modo, se ha argumentado que el artículo 69(3) otorga a la Corte un derecho que no depende del consentimiento de las partes para solicitar la presentación de todas las pruebas necesarias para la determinación de la verdad (*Fiscal c. Lubanga*, 2008, párr. 108).

Ello no solo resulta utópico e irrealizable por las razones esbozadas anteriormente, sino que además excede a la función judicial y fortalece el activismo propio de un órgano de persecución, más que de uno llamado a juzgar los hechos que se le confrontan desde una posición de imparcialidad e independencia.

En este sentido, se pronunció la jueza Christine van de Wyngaert (2012) cuando sostuvo:

No estoy convencida de que las Salas de Primera Instancia tengan la tarea incondicional de esclarecer la verdad. El deber que el artículo 54(1)(a) del Estatuto [de Roma] impone a la Fiscalía no tiene parangón, y el artículo 69(3) por sí solo no puede proporcionar una base jurídica para tal teoría. En cualquier caso, no creo que este deber, si es que existe, prevalezca sobre la función esencial de la Sala de Primera Instancia, que es determinar, sobre la base de las pruebas presentadas en el juicio, si los cargos contra el acusado han quedado establecidos más allá de toda duda razonable (párr. 34).

Sin embargo, no solo el ER dota de este tipo de herramientas a los jueces, pues, como se verá a continuación, el loable fin perseguido por la CPI parece también justificar otra de las tantas prácticas propias de un activismo judicial: la modificación de la calificación jurídica de los cargos que realiza la acusación.

La “lucha contra la impunidad” y “la búsqueda de la verdad”, como fines centrales que persigue la CPI, guía a los jueces en los casos que conocen. Este juez concebido con tal elevados fines no podría permitir la situación en la cual, si existen pruebas que abonan a la culpabilidad del acusado, tenga que absolverlo por deficiencias atribuibles a la estrategia de la Fiscalía. Por ello, la regla 55 del Reglamento de la Corte¹² contempla la posibilidad de que los jueces modifiquen la calificación jurídica de los cargos (sea en materia que hace a los crímenes o sobre la atribución de responsabilidad), ya sea al momento de dictar sentencia (inciso 1 de la regla 55) o en cualquier momento durante el juicio (inciso 2).

12 Cabe señalar que, a diferencia de los Elementos de los Crímenes y de las Reglas de Procedimiento y Prueba, el Reglamento de la Corte no fue adoptado por la Asamblea de Estados Partes, sino que fue redactado y adoptado por los jueces de la Corte. Un ejemplo claro de juez en función legislativa.

En esta facultad nuevamente observamos la influencia del activismo judicial. De acuerdo con la propia Corte, impedir que las salas de primera instancia modifiquen las calificaciones jurídicas

hace correr el riesgo de que haya absoluciones que sean simplemente el producto de tipificaciones jurídicas confirmadas en la fase de la Sala de Cuestiones Preliminares que resulten ser incorrectas, en particular sobre la base de las pruebas presentadas en el juicio. Ello estaría en contraposición con el objetivo del Estatuto de “poner fin a la impunidad”, pues su principal objetivo es colmar las lagunas de punibilidad, una finalidad que es plenamente compatible con el Estatuto (*Fiscal c. Lubanga*, 2012, párr 77; *Fiscal c. Katanga*, 2013, párr. 22; *Fiscal c. Yekatom y Ngaïssona*, 2020, párr. 10).

En la práctica, la aplicación de la regla 55 ha llevado a situaciones inadmisibles como la ocurrida en el caso contra Germain Katanga y Ngudjolo Chui: el 23 de mayo de 2012 concluyó la presentación de la defensa, procediendo los jueces a deliberar. No obstante, el 21 de noviembre de 2012, es decir, casi siete meses después de finalizado el debate, la Sala de Primera Instancia modificó el modo de atribución de responsabilidad en contra de Katanga y además separó los casos de los dos imputados. Mientras que Ngudjolo Chui fue absuelto el 18 de diciembre de 2012, Katanga fue condenado, sobre la base de la modificación hecha por los jueces, el 7 de marzo de 2014.

La jueza Christine van den Wyngaert, quien votó en disidencia en la decisión sobre la aplicación de la regla 55 en el caso, expresó con total claridad el problema central de la decisión de la Sala: “El hecho de que la decisión se emita en una fase tan tardía puede dar lugar a la desagradable sospecha de que la Sala está interviniendo para garantizar que Germain Katanga sea declarado culpable” (*Fiscal c. Katanga*, 2012, párr. 28).

En este punto, vale preguntarse si la regla 55 del Reglamento encuentra contradicción con la letra del ER. Se debe recordar que el artículo 61(9), aplicable para la etapa de confirmación de cargos, atribuye al fiscal la facultad de modificar los cargos “después de confirmados los cargos y antes de comenzado el juicio”. Luego de comenzado el juicio, el artículo establece que “el fiscal podrá, con la autorización de la Sala de Primera Instancia, retirar los cargos”, pero nada dice respecto de modificarlos.

Por su parte, el artículo 61(7)(c)(ii) otorga a la Sala de Cuestiones Preliminares la facultad de levantar la audiencia y solicitar al fiscal modificar los cargos cuando de

la evidencia presentada aparece la comisión de un crimen distinto que sea de la competencia de la Corte. Este sistema es relevante también para la etapa de juicio, debido a que el artículo 61(11) confiere a la Sala de Primera Instancia el poder de ejercer todas las funciones de las salas de cuestiones preliminares que sean pertinentes.

Por lo tanto, el ER establece de manera clara que los jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares no pueden *motu proprio* modificar los cargos, siendo esta una facultad propia de la Fiscalía, y, en virtud del artículo 61(11), tampoco la Sala de Primera Instancia podría ejercer tal atribución. Una vez comenzado el juicio, solo hay dos opciones posibles: que el fiscal retire los cargos conforme con el artículo 61(9) o solicitarle su modificación.

En este punto, se podrá objetar la distinción hecha entre modificar la calificación jurídica contenida en los cargos y modificar los cargos en sí (*Fiscal c. Lubanga*, 2012, párr. 77). Sin embargo, tal como bien anota Heller (2015), “introducir nuevos crímenes o formas de atribución de responsabilidad altera el objeto procesal del juicio, de la misma manera que introducir nuevos hechos” (p. 986).

Por ende, no solo resulta en una modificación en términos de interpretación literal estricta del término, sino que además, con base en una interpretación teleológica, afecta directamente el fin de la norma contenida en el ER, es decir, por un lado, salvaguardar la división de funciones entre acusador-decisor; y, por otro lado, asegurar un correcto ejercicio del derecho a defensa.

Incluso si aceptásemos la regla 55, resulta extremadamente problemático lo resuelto por la Sala de Apelaciones en el caso contra Laurent Gbagbo y Blé Goudé (2015) cuando sostuvo que la regla 55 era aplicable antes del comienzo del juicio, marcado por el alegato de apertura de las partes (párr. 52).

El artículo 74(2) instituye que la Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio, pues son estas la que le dan fundamento para conocer los hechos (dimensión cognoscitiva) y reconocer el derecho (dimensión reconocitiva), desde una posición en la que debe garantizar la justicia y la imparcialidad —ER, art. 67(1)—. Una tarea similar deberían llevar adelante los jueces al momento de valorar si la calificación jurídica debe ser modificada, pero ¿cuál sería el fundamento para tal cambio si la posición de las partes y, más importante aún, las pruebas de los hechos no han sido presentadas en juicio?

De este modo, no solo la aplicación de la regla 55 en sí, sino también su extensivo alcance temporal durante el proceso, arroja un manto de duda razonable sobre la imparcialidad de los jueces y, en consecuencia, sobre el desarrollo de un juicio justo. Como sostiene Heller (2015), “cuando la Sala de Primera Instancia decide

recalificar, los jueces están actuando como abogados, no como árbitros neutrales: están interviniendo en el caso para garantizar que el acusado sea condenado a pesar de que la Fiscalía no haya podido probar los delitos imputados más allá de toda duda razonable” (p. 1005).

Como se ha visto hasta ahora, la “búsqueda de la verdad” y “luchar contra la impunidad” como máximas del proceso ante la CPI han justificado interpretaciones laxas de los tipos penales y la atribución de facultades propias del acusador a los juzgadores. Pero si ello no fuera suficiente, el Estatuto de Roma pone en el foco de atención tanto de la Fiscalía como de los jueces (en menor medida) una noción aún más vaga y de difícil determinación como el “interés de la justicia”. Como se observará a continuación, este principio puede, y ha llevado, a soluciones contradictorias con las garantías del imputado.

2.3. El “interés de la justicia” como válvula para arbitrariedades

El artículo 76 del ER establece el procedimiento que deben seguir los jueces de la Sala de Primera Instancia en caso de haber determinado que existe prueba suficiente para condenar más allá de toda duda razonable. En su primer inciso, insta a que los jueces fijarán la pena sobre la base de las pruebas practicadas y las conclusiones relativas a la pena que se hayan hecho en el proceso.¹³ Seguidamente, el segundo inciso contempla la posibilidad de que se celebren audiencias a fin de practicar diligencias de prueba o escuchar conclusiones adicionales relativas a la pena, lo que podrá ser solicitado por la Fiscalía o la defensa, o ser ordenada de oficio por la Sala.

La finalidad de este tipo de audiencias radica en permitir la presentación de pruebas o alegaciones adicionales pertinentes para la mensuración de la pena (Schabas & Ambos, 2016, p. 1874), lo cual, va de suyo, es solo relevante cuando ya existe una sentencia condenatoria. Sin embargo, a la luz de desarrollos recientes en la CPI, parece que es posible que las partes atiendan estas audiencias sin haber mediado una condena.

El pasado 18 de julio de 2024, la Sala de Primera Instancia interviniente en el caso en contra de Alfred Yekatom y Patrice-Eduard Ngaïssona dictó una decisión concerniente a la modificación del desarrollo del procedimiento, en particular del procedimiento para el dictado de fallo condenatorio. Allí, los jueces manifestaron que el fallo de conformidad con el artículo 74 sería dictado en simultáneo con una potencial sentencia de condena acorde con el artículo 76, convocando a las partes a presentar evidencia adicional en virtud del artículo 76(2) (párr. 4).

13 Se debe recordar que el ER no establece un sistema tasado de penas conforme al crimen que se considere probado, sino que se construye con base en los criterios contenidos en los artículos 77 y 78 del ER y las RPP.

En su fundamento, la Sala sostuvo que respondía al “interés de la justicia y la celeridad del proceso” que sean los mismos jueces que estuvieron presentes durante el juicio quienes también evalúen las pruebas y alegaciones pertinentes para cualquier posible sentencia condenatoria, recordando que el mandato de los tres jueces que conforman la Sala ya se encuentra expirado.¹⁴

Resulta llamativa la invocación de los jueces a “intereses de justicia y celeridad del caso”, sobre todo porque parece haber pasado por alto una máxima de percepción que la CPI ha reconocido en su jurisprudencia: la justicia no solo debe hacerse, sino que también debe verse que se hace¹⁵ (*Fiscal c. Mahamat Said*, 2022, párr. 8). La defensa de Ngaïssona planteó el problema de la decisión de la Sala en los siguientes términos: “Ahora que la Sala de Primera Instancia ha acelerado considerablemente el procedimiento de sentencia, el Sr. Ngaïssona ha perdido la confianza en el proceso. La decisión le da la impresión de que la Sala está dispuesta a condenarle y, para garantizar su composición actual, este cambio tuvo que realizarse en el último momento” (párr. 21).

Es que el principio de inocencia consagrado en el artículo 66(1) del ER sería completamente desvirtuado si se obliga a la defensa a presentar pruebas relativas a la mensuración de la pena cuando no ha sido dictada condena alguna. La expone a elaborar argumentos conjeturales en detrimento de su propia posición, o, en caso de no presentar evidencia alguna, la llevar a ‘desistir’ del derecho consagrado en el artículo 76(2) del ER de solicitar la audiencia.

Detrás de esta decisión, como se ha visto, los jueces invocan el “interés de la justicia”. El ER contempla este principio en distintos apartados y en la regulación de diferentes instancias del proceso. Ha sido particularmente discutido como criterio para que el fiscal decida no iniciar investigaciones —53(1)(c)— o cerrar las ya abiertas —53(2)(c)—. Así, en estos términos, este principio opera como una suerte de criterio de oportunidad para ser invocado por el ente persecutor, y convalidado por los jueces.

No obstante, mi enfoque en los próximos párrafos se concentrará en analizar cómo opera este principio como criterio guía para los jueces al tomar decisiones en el proceso. De esta forma, el artículo 65(4) en el marco de procesos de declaración de culpabilidad¹⁶ contempla el “interés de la justicia” como criterio para que ordenen

¹⁴ El artículo 36(10) del ER manda a que los jueces sigan en su cargo, incluso más allá del fin de su mandato, hasta la finalización del juicio que están conociendo. En el caso, los tres jueces habían culminado su mandato el 11 de marzo de 2024, es decir que al momento de emitir la decisión llevaban dos meses ejerciendo su cargo de conformidad con el artículo 36(10).

¹⁵ En inglés: “Justice must not only be done but must also be seen to be done”.

¹⁶ Instituto que también resulta de por sí polémico con la teoría garantista aquí sostenida, pero que por extensión del trabajo no podrá ser abordado en esta oportunidad.

la presentación de más evidencia para la determinación de los hechos o, incluso, desechar completamente la admisión hecha por el imputado, nuevamente, en aras de la determinación de ‘la verdad’.

Por su parte, la regla 54 del Reglamento de la Corte utiliza el “interés de la justicia” para otorgarle a la Sala de Primera Instancia, al momento de llevar adelante la audiencia preliminar, la discrecionalidad para tomar cualquier decisión que considere sea beneficiosa para la audiencia.

El “interés de la justicia” se usa de forma extensiva en las RPP como criterio para ser tenido en cuenta a fin de valorar la admisión de la prueba —reglas 68(2)(b)(i), 68(2)(d)(i) y 73(6)—. A su vez, se lo contempla como criterio en los casos en los que han existido convenciones probatorias entre el acusado y la Fiscalía, a fin de ordenar la producción de una “presentación más completa de los hechos”, ponderando además el interés de las víctimas (regla 69).

Esta reconstrucción normativa demuestra que el “interés de la justicia” en el marco del procedimiento del ER constituye una puerta de entrada para un mayor decisionismo judicial en el proceso amparado en la “búsqueda de la verdad” y “la lucha contra la impunidad”.

La vinculación entre estos axiomas ha sido afirmada por la Fiscalía de la CPI, en su *“Policy paper sobre el interés de la justicia”* (2007), que, recordando el preámbulo del ER, sostiene que “las consideraciones relativas a la prevención de crímenes graves y a la garantía de un respeto duradero de la justicia internacional pueden ser elementos importantes a la hora de evaluar los intereses de la justicia” (p. 4).

Si bien reconozco que no es un documento elaborado para su aplicación por los jueces, de todas formas, resulta de utilidad para interpretar los alcances de una formulación jurídica que ha sido descrita como “indescifrable, vaga y vaporosa” (Pastor, 2006, p. 75).

Lo expuesto refuerza la tesis sostenida a lo largo del presente trabajo: el interés de la justicia resulta ser un criterio deliberadamente vago en el marco de una Corte llamada a “luchar contra la impunidad”. La ‘justicia’ vista como prevención de impunidad justifica que se exponga a la defensa a situaciones como elaborar argumentos de mitigación de una pena que ni siquiera ha sido impuesta, a su vez que sirve de criterio para tomar decisiones tan cruciales como la admisión de la prueba por producir durante el proceso o, incluso, desechar admisiones de culpabilidad.

Reflexiones finales

El surgimiento de la CPI solo fue posible mediante el acuerdo de distintos Estados que reconocían una diferencia sustancial en sus tradiciones jurídico-penales. Esto

impacta sin lugar a duda en la forma en la que se concibe al procedimiento en el Estatuto de Roma, que ha sido caracterizado como *sui generis* por algunos, mientras que otros prefieren términos más elocuentes como *rudimentario* (Ambos, 2005b, p. 64; Pastor, 2006, p. 201).

Considero que ambas posiciones convergen en una misma idea: el procedimiento ante la CPI no es un proceso penal propiamente dicho. No por la incorporación de distintas tradiciones que convergen en un mismo procedimiento, sino por un elemento que, como ha sido expuesto a lo largo del presente trabajo, es subyacente a la estructura ideológica detrás de la Corte: la inclusión de fines como la lucha contra la impunidad en la misión propia de un tribunal de justicia.

Como se ha mencionado, en un proceso penal garantista, el juez tiene una misión: establecer la verdad de lo ocurrido, pero una verdad limitada a lo que las partes del proceso aportan para su construcción. Esto garantiza, por un lado, la imparcialidad del juzgador, pues no se inmiscuye en tareas que son propias del ente acusador bajo artificios idealizados como la “lucha contra la impunidad”, “la búsqueda de la verdad” o el “interés de la justicia”; y, por otro lado, contribuye a arribar a una sentencia basada en enunciados lógicos, que derivan de la comprobación y refutación de hipótesis y contrahipótesis traídas por las partes en el juicio.

La extensión del mandato de la CPI a otros fines no penales profundiza no solo los problemas en materia de procedimiento penal, sino que además ubica a la Corte en un espacio que no le corresponde. Su misión debe ser el establecimiento de la culpabilidad de la persona acusada, en estricto apego y cumplimiento de las garantías reconocidas por el Estatuto de Roma y su sistema normativo.

Resulta ilusorio pretender que la Corte pueda balancear de manera equitativa los derechos del acusado con el interés de las víctimas y de la comunidad internacional que la ha creado con el fin de condenar. En cambio, se hace efectiva la máxima *in delictis atrocissimis jura transgredi licet*, es decir que, frente a crímenes atroces, está permitido dejar de lado o morigerar el derecho y, con ello, las garantías del acusado.

Lejos estoy de argumentar que los crímenes para los cuales la CPI fue creado deben quedar sin castigo. No obstante, soy partidario de que la “lucha contra la impunidad” no tiene lugar en una corte de justicia. Estos intereses pueden ser adoptados por los Estados en miras a otras áreas de relevancia para el sistema, como la cooperación internacional, pero nunca puede resultar un fin por alcanzar en un proceso penal.

La justicia requiere, para ser efectiva, que sea realizada conforme a las formas más respetuosas de los derechos que ya reconocen los Estados en su sede interna: no hay razón por la cual aplicar de forma distinta el principio de legalidad;

confundir los límites funcionales del órgano acusador y el órgano decisor; o sostener prácticas que expongan a la defensa a acciones que atentan contra su derecho a no autoincriminarse.

Frente a ello, queda demostrado que resulta necesaria una reflexión profunda de los fines para los cuales la CPI ha sido pensada. Mantener estos ideales como elementos fundantes del juicio no corresponde a una disciplina propia del derecho penal moderno, sino a un modelo que aspira más a imponer condenas que a alcanzar una verdadera justicia.

Para finalizar, me hago eco de una frase extremadamente pertinente de Ferrajoli (2004), quien sostuvo que “cuanto más grave es el delito enjuiciado, cuanto más asimetría encontramos entre la conducta criminal y el trato que al imputado se le debe dar en el juicio, mayor sentido adquieren las garantías procesales, mayor legitimidad tiene el proceso” (p. 53).

Referencias

Doctrina

- Ambos, K. (2005a). ¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 57, 159-211.
- Ambos, K. (2005b). *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*. Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Broomhall, B. (2016). Article 22: *nullum crimen sine lege*. In K. Ambos & O. Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the international criminal law: a commentary* (3rd ed.) (pp. 949-966). CH Beck.
- Eiroa, P. (2009). *Políticas de castigo y derecho internacional: para una concepción minimalista de la justicia penal*. Ad-Hoc.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Razones jurídicas del pacifismo*. Trotta.
- Finkelstein, J. (2018). ¿Penas sin previa atribución de responsabilidad penal?: acerca del vínculo entre sanción, responsabilidad y proceso. *Revista de Derecho Penal*, 9, 1753-1758.
- Guzmán, N. (2018). *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*. Didot.

- Hall, K., & Stahn, C. (2016). Article 7: crimes against humanity. In K. Ambos & O. Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the international criminal law: a commentary* (3rd ed.) (pp. 144-294). CH Beck.
- Heller, K. J. (2015). 'A stick to hit the accused with': the legal recharacterization of facts under regulation 55. In C. Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court* (pp. 981-1006). Oxford University Press.
- Kelsen, H. (2023). *Derecho y justicia internacional: antes y después de Núremberg*. Trotta.
- Kress, C. (2009). International criminal law. In *Max Planck encyclopedia of public international law*. Oxford University Press.
- Pastor, D. (2006). *El poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Atelier.
- Piragoff, D., & Clarke, P. (2016). Article 69: evidence. In K. Ambos & O. Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the international criminal law: a commentary* (3rd ed.) (pp. 1712-1750). CH Beck.
- Rauter, T. (2017). *Judicial practice, customary international criminal law and nullum crimen sine lege*. Springer.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas.
- Schabas, W., & Ambos, K. (2016). Article 76: sentencing. In K. Ambos & O. Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the international criminal law: a commentary* (3rd ed.) (pp. 1871-1876). CH Beck.
- Universidad de Salamanca. (2019). 44 CED: Perfecto Andrés Ibáñez. <https://www.youtube.com/live/wtL3egHY-ZU>
- Werle, G. (2005). *Tratado de derecho penal internacional*. Tirant lo Blanch.
- Zaffaroni, E. (2002). *Derecho penal: parte general*. Ediar.

Jurisprudencia y opiniones consultivas

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Paniagua Morales y otros c. Guatemala*. Serie C, N° 37, sentencia del 8 de marzo de 1988 (fondo).

- Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones. *Fiscal c. Mathieu Ngudjolo Chui*. “Judgment on the prosecutor’s appeal against the decision of Trial Chamber II entitled ‘Judgment pursuant to article 74 of the Statute’. “Joint dissenting opinion of judge Ekaterina Trendafilova and judge Cuno Tarfusser”. ICC-01/04-02/12-271-AnxA. 27/02/2015.
- Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I. *Fiscal c. Thomas Lubanga Dylio*. “Decision on victims’ participation”. ICC-01/04-01/06-1119. 18/01/2008.
- Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III. *Fiscal c. Jean Pierre Bemba Gombo*. “Decision on sentence pursuant to article 76 of the Statute”. ICC-01/05-01/08-3399. 21/06/2016.
- Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia VI. *Fiscal c. Mahamat Said Abdel Kani*. “Decision on defence request to suspend the trial preparations”. ICC-01/14-01/21-225. 14/01/2022.
- Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones. *Fiscal c. Bosco Ntaganda*. “Public redacted version of judgment on the appeals of Mr. Bosco Ntaganda and the prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled ‘Judgment’”. ICC-01/04-02/06-2666-Red. 30/03/2021.
- Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones. *Fiscal c. Germain Katanga*. Judgment on the appeal of Mr. Germain Katanga against the decision of Trial Chamber II of 21 November 2012 entitled “Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons”. ICC-01/04-01/07-3363. 27/03/2013.
- Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones. *Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé*. Judgment on the appeal of Mr. Laurent Gbagbo against the decision of Trial Chamber I entitled “Decision giving notice pursuant to Regulation 55(2) of the Regulations of the Court”. ICC-02/11-01/15-369. 18/12/2015.
- Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones. *Fiscal c. Thomas Lubanga Dylio*. Judgment on the appeals of Mr. Lubanga Dyilo and the prosecutor against the decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled “Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court”. ICC-01/04-01/06-2205. 28/05/2012.

- Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I. *Fiscal c. Thomas Lubanga Dylio*. “Decision on the Confirmation of Charges”. ICC-01/04-01/06-803-tEN. 14/05/2007.
- Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I. *Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*. “Decision on the confirmation of charges”. ICC-01/04-01/07-717. 01/10/2008.
- Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares III. *Fiscal c. Jean Pierre Bemba Gombo*. “Decision on the evidence disclosure system and setting a timetable for disclosure between the parties”. ICC-01/05-01/08-55. 31/07/2008.
- Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia II. *Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*. “Decision on the filing of a summary of the charges by the prosecutor”. ICC-01/04-01/07-1547-tENG. 29/10/2009.
- Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia II. *Fiscal c. Germain Katanga*. “Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons”. ICC-01/04-01/07-3319. 17/12/2012.
- Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III. *Fiscal c. Jean Pierre Bemba Gombo*. “Decision on ‘Prosecution’s information to Trial Chamber III on issues involving witness CAR-OTP-PPPP-0169’ (ICC-01/05-01/08-3138-Conf-Red) and ‘Defence urgent submissions on the 5 August Letter (ICC-01/05-01/08-3139-Conf)’ of 2 October 2014”. ICC-01/05-01/08-3154-Red. 10/10/2014.
- Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia IX. *Fiscal c. Dominic Ongwen*. “Trial judgment”. ICC-02/04-01/15-1762-Red. 4/02/2021.
- Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia V(a). *Fiscal c. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. “Decision on defence applications for judgments of acquittal”. “Dissenting opinion of judge Herrera Carbuccia”. ICC-01/09-01/11-2027-AnxI. 05/04/2016.
- Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia V(b). *Fiscal c. Kenyatta*. “Decision on defence request for conditional excusal from continuous presence at trial”. ICC-01/09-02/11-830. 18/10/2013.

Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia V. *Fiscal c. Alfred Yekatom y Patrice-Eduoard Ngaïssona*. “Decision on the prosecution’s application for notice to be given pursuant to regulation 55(2) on Mr. Yekatom’s individual criminal responsibility”. ICC-01/14-01/18-542. 2/06/2020.

Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia V. *Fiscal c. Alfred Yekatom y Patrice-Eduoard Ngaïssona*. “Decision on the sentencing procedure and amended directions on the conduct of the proceedings”. ICC-01/14-01/18-2600. 18/07/2024.

Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia V. *Fiscal c. Alfred Yekatom y Eduoard Ngaïssona*. “Defence request for leave to appeal the ‘Decision on the sentencing and amended directions on the conduct of the proceedings’”. ICC-01/14-01/18-2608. 24/07/2024.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala. *Advisory opinion concerning the use of the “blanket reference” or “legislation by reference” technique in the definition of an offense and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offense and the amended criminal law. Requested by the Armenian Constitutional Court*. 29/05/2020. Solicitud P16-2019-001.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Primera Instancia. *Fiscal c. Zoran Kupreškić et al.* “Judgment”. IT-95-16-T. 14/01/2000.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Primera Instancia. *Fiscal c. Milomir Stakić*. “Judgment”. IT-97-24-T. 31/07/2003.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Apelaciones. *Fiscal c. Milomir Stakić*. “Judgment”. IT-97-24-A. 22/03/2006.

Informes y otros documentos

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (1997). *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos*. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. Anexo 2.

Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal. (2007). *Policy paper on the interests of justice*.