

Kai Ambos:

Aportes, avances y retos de la Corte Penal Internacional en los 20 años de su funcionamiento^(*)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos.

Catedrático (Profesor titular) de Derecho Penal, Procedimiento Penal, Derecho Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Georg August Universität Göttingen, Alemania. Director del “Instituto de Derecho Penal y Justicia” y del “Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano” (CEDPAL). Magistrado de las Salas Especializadas de Kosovo (Kosovo Specialist Chambers), La Haya, Países Bajos. Asesor (*amicus curiae*) de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

Entrevistadores:

Dr. Juan Pablo Pérez-León-Acevedo
Bach. Karla Esther Silva Gonzales

1. **En este año 2022 se cumplen dos décadas desde que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional entró en vigor y luego la Corte inició sus funciones. Desde su perspectiva, ¿cuáles son los principales logros y fracasos de la Corte en estos 20 años?**

Es muy difícil responder esto porque es una pregunta muy amplia. Para hacer una evaluación mejor tendríamos que pensar cual es el estándar que usamos: número de casos, número de juicios, o algunos hablan del número de condenas. Esa sería la primera pregunta, ¿cuál es el estándar según el cual nosotros medimos el éxito o el fracaso de una institución de justicia penal, en este caso de justicia penal internacional?

La Corte se ha desarrollado mucho y no se puede comparar la situación actual con la situación de hace veinte o diez años. Por ejemplo, esto se puede evidenciar en uno de los mecanismos que se ha usado para ejercer la jurisdicción de la Corte, los *trigger mechanisms* del artículo 13º; cuando se inició, fue de la mano de los *self-referrals* o las auto remisiones en

(*) Entrevista realizada el 21 de mayo de 2022.

las Situaciones de Uganda y de la República Democrática del Congo. Hace poco tuvimos una remisión colectiva, la más grande en la historia de la Corte, referida a la Situación de Ucrania, y que contó con la participación de más de 40 Estados. Anteriormente tuvimos la remisión sobre la Situación de Venezuela por 5 o 6 Estados. No sé si Perú participó, pero Argentina, Canadá y Colombia, sí. Ello es solamente un ejemplo de cómo se ejerce la jurisdicción.

Un segundo ejemplo, dado a nivel del proceso, es que hubo muchos cambios en los propios manuales que los jueces realizan: los *practice manuals*. Ha cambiado bastante en lo referido a la función de la confirmación de los cargos (*confirmation hearing*), proceso intermedio que se tiene en la Corte. En los primeros casos se tuvo decisiones muy largas, como en el caso Lubanga con casi 300 o 400 páginas. Eso cambió, hoy ello se ha reducido drásticamente a un mero control de los cargos con tan solo 100 páginas o menos, para no perder de vista el fondo correcto, el cual es el juicio.

Hubo muchas cosas que cambiaron y, últimamente con la Situación de Ucrania, estamos frente a un escenario bastante novedoso por varias razones. En efecto, hablamos hoy de una *renaissance* de la Corte y especialmente de su Fiscalía a partir de la Situación de Ucrania. Es algo cínico, pero se podría decir que la invasión de Rusia en Ucrania un poco que ha salvado a la Corte, porque esta tuvo una reputación muy cuestionada, por no decir muy mala, sobre todo desde la perspectiva africana, como aquella Corte que solamente investiga situaciones en África. Si bien eso ya ha venido cambiando con la Situación de

Georgia y exámenes preliminares en Venezuela, Bolivia, etc., no deja de ser una imagen complicada. Ahora con el enfoque centrado en la Situación de Ucrania, y con un apoyo sin precedentes, casi que se puede decir que Ucrania salvó a la Corte. Hoy la Corte, aquí en Europa, recibe un apoyo increíble y sale habitualmente en los medios de comunicación. Todos los periodistas saben ahora qué es la Corte Penal Internacional, hablan incluso de situaciones remotas como la de Filipinas. Es decir, la Corte, representada por la Fiscalía, ha ganado mucha reputación, como punto de referencia, con la Situación de Ucrania.

2. ¿Qué debería hacer la Corte para tratar de evitar amenazas (efectivas) de denuncias de su Estatuto como sucedió por parte de algunos Estados africanos, así como también que acciones podría adoptar la Corte para tratar de incrementar el número de Estados Partes de su Estatuto, especialmente potencias globales y regionales, hacia una participación (cuasi) universal?

Bueno, los ataques o los problemas con el Estatuto no fueron solamente un asunto de los Estados africanos, eso ya se superó. En su momento, hubo ruido por el caso en contra del presidente de Kenia (Uhuru Kenyatta), y en parte por la Situación de Sudán y los viajes del entonces presidente de Sudán Al Bashir a Sudáfrica, Gambia etc., así como su no detención en dichos países y los conflictos que hubo allí. Debido a ello, los Estados africanos trataron de reformar el tema de la presencialidad, debido a que en el artículo 63 del Estatuto de la Corte se tiene una regla que dice que el acusado debe estar presente en el juicio, lo cual trae algunos problemas si se trata, por ejemplo, del presidente de un país.

Por ello, hubo un cambio en las reglas de procedimiento de prueba, y se habló de la *lex Kenyatta*, la cual ha introducido un sistema diferenciado para permitir la ausencia de una persona con un alto cargo político. Esa fue una reforma, y así como esta, hubo otras pequeñas reformas legítimas que no tenían el fin de debilitar a la Corte.

Por otro lado, esta es una crítica que no solamente se hace en los Estados africanos, sino que aquí también en Europa. Por ejemplo, están los *Critical Studies*, quienes alegan que la Corte se focalice en países débiles. Incluso la decisión del fiscal Khan de depriorizar la investigación de Afganistán, en cuánto afecta a los Estados Unidos de América, ha sido muy criticada porque ha sido vista como una concesión a una potencia mundial. Eso no va muy bien con las víctimas, ni con las ONGs, y ha sido muy criticado por *Human Rights Watch* y otras organizaciones. Sin embargo, el tema es mucho más complejo y siempre hay razones para este tipo de decisiones. Si bien la Corte es una organización internacional, los Estados más ricos tienen gran influencia a través del presupuesto, la cual, si bien no es directa, no deja de ser relevante.

Después se inició un proceso de reforma de la Corte a través de la propia Asamblea de Estados Partes, la cual ha nombrado una comisión de revisión de expertos, compuesta entre otros por un colega mío francés del Tribunal para Kosovo. Esta comisión realizó entrevistas y presentaron un [informe](#) el 30/9/2020 que sirvió para iniciar reformas en la Corte. La Corte publicó una [respuesta el 14/4/2021](#) y ahora se trata de implementar las propuestas.

Es decir, hay muchas cosas por mejorar. Yo mismo he sido muy crítico

con la Corte, en términos de la eficiencia, en términos de la selección de los jueces, del estatus de los *legal officers*, de la gente que trabaja con los jueces. En definitiva, hay problemas. Por otro lado, también hubo reformas del Estatuto de Roma de 1998. Por ejemplo, en el caso del artículo 8 sobre crímenes de guerra, se han incluido más crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado no internacional, para armonizar aún más los conflictos internacionales y no internacionales en esta área. Ello en una situación como la peruana en relación con Sendero Luminoso hace algunos años, habría sido significativamente relevante, porque en ese momento no existían crímenes de guerra de esa índole. Teníamos al derecho internacional humanitario, a las reglas para el conflicto no internacional como el peruano, pero no tuvimos crímenes de guerra, y actualmente vamos a una situación respecto de los crímenes de guerra, casi de asimilación de crímenes en conflictos no internacionales e internacionales, lo cual es muy importante.

Tanto la Corte como el Estatuto con las reformas hechas por los Estados han contribuido con ese desarrollo. Así también la jurisprudencia de la Corte, la cual, por ejemplo, aceptó que el "ataque intra-partes" -en un caso en el que uno de los miembros de un grupo paramilitar fue atacado por otros miembros del grupo- fuera calificado como crimen de guerra. Ello a pesar de perspectiva tradicional del DIH de que los crímenes de guerra solamente son aplicables si es la otra parte del conflicto la que ataca, y no en caso de ataques dentro del mismo grupo. Esto fue una nueva jurisprudencia, la cual todavía se discute mucho, pero que de todos modos desde

la perspectiva de las víctimas es positiva porque amplía el ámbito de protección.

Por otro lado, después de 7 años de negociación, en el año 2009 se aceptó el artículo 8bis referido al crimen de agresión en el Estatuto, lo cual también es un logro. Uno puede ser crítico del crimen de agresión, y vemos con la Situación de Ucrania que la competencia de la Corte sobre ello es muy limitada, pero el hecho de tenerlo como un tipo penal internacional es ciertamente un logro. Por lo demás, se debe tomar en cuenta que la Corte es una corte mundial y tiene que tratar de convencer a todos, y es un dilema muy complicado convencer a los peruanos, a los keniatas y a los alemanes al mismo tiempo, pues poseen diferentes perspectivas. La Corte tiene que ser muy cuidadosa de no crear la impresión de que es una corte africana o una corte europea, o de que no toma en serio o de la misma manera los crímenes internacionales en un continente en comparación a otro. Ese es un dilema.

Los ataques más peligrosos contra la Corte vinieron desde los Estados Unidos durante el gobierno de Trump, al punto de que sancionaron a la fiscal Bensouda, quien no podía viajar a Nueva York a presentar su informe ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Incluso el ministro ex jefe de la CIA, Pompeo, criticaba a la Corte y la calificaba como una "corte de *kangaroo*". De la misma manera, Rusia con Putin atacó directamente a la Corte cuando se decidió abrir la investigación en Georgia, aduciendo que no iba a cooperar más con esta. Putin terminó por hacer lo mismo que hizo el gobierno de Bush al retirar la firma que Clinton dejó. En este caso

también fue así. Esos son los ataques más relevantes, en tanto vienen de potencias grandes e incluso de países que no son parte, y realizan una política más indirecta, como es el caso de China, obviamente enemigo de la Corte, o de India, que es otra gran potencia y que no es Estado parte. En sí, la Corte tiene ese problema, es una Corte de ciento veintitrés países, pero que representan solo la mitad de la población del mundo y menos aún en términos de territorio, pues países muy grandes no son miembros.

En Europa y América Latina tenemos una situación única, porque prácticamente todos son Estados partes, con exclusión de Nicaragua y otros pocos países. En el continente asiático no es así, y evidentemente en América faltan los Estados Unidos. Por lo cual, el desafío de la Corte es consolidarse y lograr tener más Estados partes.

- 3. Usted señala que el problema con África ya se ha superado. Sin embargo, más que haberse superado, tal vez se ha relajado un poco la relación tensa. Y ello por dos aspectos: está todavía la futura Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos con jurisdicción penal, que es algo que veremos cómo se desarrolla en el futuro, y que va rivalizar política y legalmente con la CPI. Y, por otro lado, no olvidemos que, en el 2017, con efectos en 2018, Burundi se retiró de la Corte. Entonces, ¿realmente se ha superado la relación problemática entre la Corte y África o probablemente es algo a largo plazo que hay que ver?**

Considero que no es un problema africano, y les presento tres contraargumentos. Primero, en América

Latina tenemos también Estados que amenazaron con retirarse, Venezuela evidentemente. Venezuela al final no lo hizo, por la presión que hubo. En Latinoamérica tenemos claramente enemigos de la Corte, en términos de Estados, y algunos que son incluso Estados parte que tienen posiciones tenues como Bolivia, dependiendo mucho del gobierno. O pensemos en los países Centroamericanos, mencionamos entre ellos a Nicaragua o El Salvador, que también, a partir del cambio de gobierno, ya no apoya tanto a la Corte.

Por otro lado, en el continente asiático la situación es peor, pues grandes Estados como Turquía y Rusia con una gran parte asiática, no son parte. Asimismo, China tampoco lo es, y Filipinas se retiró, tal como lo hizo Burundi. En la situación africana, el “contra-caso” es Sudáfrica y Gambia, porque en ambos casos se decidió por la permanencia en la Corte. En Sudáfrica hubo una decisión judicial que declaró inconstitucional la denuncia del entonces gobierno, y Sudáfrica se quedó. En el caso de Gambia, fue un cambio de gobierno. Interesantemente, en el caso de Gambia nosotros actualmente tenemos aquí un proceso con jurisdicción universal contra uno de los más importantes líderes del grupo paramilitar del ex gobierno de Gambia. El jefe de ese gobierno, que fue un dictador, se fue a otro país y ahora está exiliado. Con el cambio de gobierno, el nuevo gobierno de Gambia ratificó su compromiso con la Corte. Y en el caso de Burundi, quedó el mismo gobierno. Es decir, son decisiones muy particulares y locales, muy referidas al régimen de turno.

Por otro lado, tenemos Estados como Egipto que nunca se hicieron parte, por lo cual la situación africana es muy *nuanced*, ya que África es más compleja que América Latina. Nosotros siempre dijimos hay muchas Américas, pero hay muchas más Áfricas, porque tenemos África subsahariana, África del Norte con países islámicos y musulmanes como Argelia, Libia, etc. Todos ellos no Estados partes.

Y respecto de la *African Court*, yo creo que no es una competencia para la CPI. Aquí actualmente tenemos mucha investigación descentralizada: Alemania, Francia, antes fue España, Italia, Suecia, entre otros. Muchos Estados tienen un derecho penal internacional muy sólido. Alemania, por ejemplo, fue el primer país con un nuevo código de derecho penal internacional con jurisdicción universal. Y Alemania, hoy, es un pionero en casos de persecución de crímenes internacionales, en los que no hay competencia con la Corte. Yo creo que situaciones como esa, no compiten con la Corte Penal Internacional, más bien la complementan siendo parte de un sistema de justicia penal internacional. La Corte es una institución muy débil en términos de personal, recursos, etc., por lo tanto, debe concentrarse y seleccionar determinados casos. Es por ello que su contribución en la lucha contra la impunidad siempre es muy limitada. Tal vez si tenemos suerte, algunos grandes “capos” van a ser procesados por la Corte, pero siempre vamos a tener mucha gente que debiera ser procesada y que no lo es. Y es por ello necesitamos otros mecanismos, como jurisdicciones nacionales y regionales, como una *African Court*.

4. **Por la naturaleza misma del crimen de agresión y de acuerdo también a sus publicaciones este es un *leadership crime*, y a diferencia de las otras tres categorías, debería dirigirse mayormente a las grandes potencias. Pero, como usted nos ha recordado, los candidatos naturales a estar involucrados en relaciones serias de la Carta de Naciones Unidas, integridad territorial, no son parte del Estatuto de Roma. Entonces, probablemente en ese aspecto en el que una corte internacional podría contribuir más, que es el crimen de agresión como tal, la CPI paradójicamente es muy débil. Por ejemplo, respecto a la Situación en Ucrania correspondiente al crimen de agresión, hay esta propuesta de crear un tribunal especial internacional ¿la Corte Penal Internacional está condenada al fracaso en el tema del crimen de agresión en relación a potencias como China, Rusia o Estados Unidos?**

Ese es ciertamente un punto muy débil. Hubo mucho escepticismo frente a la codificación e inclusión del crimen de agresión en el Estatuto, y por eso no fue posible lograr un consenso en 1998, ni en el Comité Preparatorio o en la negociación en Roma. Debido a ello, tuvimos ese *placeholder* en el artículo 5 del Estatuto, el cual decía que se debía negociar sobre el crimen de agresión, y el compromiso al final, evidentemente, era muy débil, en particular en términos de competencia de la Corte que, en última instancia, depende del Consejo de Seguridad de la ONU o del Estado agresor y atacado, pues ambos tienen que ser Estados Partes.

Es un sistema desigual, y no solamente respecto del crimen de agresión, pues la competencia es básicamente territorial, y depende de la decisión de

los Estados de ratificar el Estatuto. Así, tenemos dos clases de Estados: unos que son partes y otros que no lo son. Eso nos lleva a situaciones absurdas, por ejemplo, en misiones internacionales de la OTAN. Pues se dan casos en los que, en una misma misión, los soldados alemanes y franceses están sometidos a la CPI, pero los estadounidenses no.

Ante el caso particular de Ucrania, hay mucha gente que sostiene que se debe reformar este régimen, porque, al final, si en una guerra muy clara de agresión como esta, no funciona ese sistema, entonces ¿para qué lo tenemos? Personalmente, siempre he estado en contra de la inclusión del crimen de agresión. Fui muy crítico, porque creo que el crimen de agresión es tan politizado que puede hacer mucho daño a la Corte. Creo que, en la Corte misma, están felices de que este caso no llegue a ellos, porque es una cosa muy distinta investigar un crimen de agresión, que investigar crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, los cuales son menos politizados.

Un argumento de quienes están a favor de crear un *special tribunal* para el caso de Ucrania, más allá del tema de la falta de jurisdicción sobre el crimen de agresión, es la velocidad. Pues piensan que, si creamos un tribunal especial, vamos a tener una justicia más rápida. Lo cual es dudoso porque en el caso de todos los tribunales ad hoc, tampoco fue muy significativamente más rápido. Por ejemplo, en el Tribunal Especial para Kosovo, somos bastante rápidos porque somos un tribunal nuevo, entre otras varias razones, pero nunca tan rápidos que las víctimas sientan el efecto o que incida en el conflicto. Eso nunca es posible,

porque tampoco queremos justicia rápida en violación del *fair trial*, el cual es la otra cara de la moneda. Por lo cual, creo que la justicia penal tiene su precio, en el Perú, en Alemania y a nivel internacional se necesita tiempo para investigar bien, para permitir actuar a la defensa, etc. y no podemos sacrificar el juicio justo por la eficiencia.

Siempre digo que necesitamos un buen balance entre justicia rápida y justa, el cual es acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Evidentemente, no podemos aceptar la demora que vemos muchas veces en países de Latinoamérica u otros, en los que la gente puede pasar más tiempo en prisión preventiva que cumpliendo su pena una vez condenados. Pero tampoco podemos tener esa "justicia rápida" con ejecuciones ilegales después de un cambio de régimen como en el caso de Rumania y Ceausescu, o como en el caso de Saddam Hussein y el Tribunal Especial de Irak, donde uno, a veces, tiene la impresión de que se está condenando a una persona ya pre-condenada.

5. Con la finalidad de evitar situaciones como la ocurrida con la falta de implementación de las órdenes de arresto de la Corte Penal Internacional contra el entonces Presidente de Sudán Omar Al-Bashir ¿Cómo puede la Corte tratar de garantizar que los Estados Partes del Estatuto de Roma cumplan con sus obligaciones y como podría la Corte conseguir la cooperación de Estados no Partes del Estatuto?

Bueno, legalmente, la situación es bastante clara. Solamente los Estados partes tiene una obligación de cooperar y, solo frente al incumplimiento de un Estado parte, podríamos tener

sanciones a través de la Asamblea de los Estados Partes, ello teóricamente. Ese sería el mecanismo interno de la CPI: si un Estado parte, como Perú o Alemania, no cumple con una orden de arresto de la Corte, una Sala de la Corte podría constatar ello e informar de este incumplimiento a la Asamblea. Eso no se ha hecho hasta el momento, a pesar de que hubo incumplimientos, por ejemplo, en el caso de Al-Bashir por Estados como Sudáfrica, caso que dio lugar a una *litigation* en la CPI.

Con los Estados no partes, en principio no hay una ninguna posibilidad de hacer algo, a menos que se tenga una remisión de parte del Consejo de Seguridad. Si se tiene una resolución del Consejo, la cual como se sabe exige que no exista veto de parte de ninguno de los cinco miembros permanentes, como en el caso de Sudán o la situación de Libia, dependerá del contenido de esa resolución si los Estados no partes tienen obligaciones. En teoría, el Consejo podría redactar en una resolución, remitiendo una situación a la Corte, que todos los Estados miembros de la Naciones Unidas, que todos los Estados del mundo independientemente de su pertenencia a la CPI, tienen la obligación de cooperar. Hasta el momento, no se ha hecho ello. En las dos resoluciones de remisión, Sudán y Libia, el Consejo ha distinguido entre Estados partes y Estados no partes. Es decir, ha mantenido la distinción de la Corte Penal Internacional, con la única diferencia que el Estado de la situación, o sea Sudán o Libia, fue incluido entre los Estados que debían cooperar.

Entonces, la extensión de la obligación de cooperación fue mínima, fue al Estado de la situación, porque Sudán y Libia tampoco son Estados partes. El

Consejo remite y dice en la resolución que Sudán tiene que cooperar o Libia tiene que cooperar. Sin embargo, no incluye a Rusia, ni EEUU, ni India, es decir a ningún Estado no parte, y eso ha creado ese gran problema que tuvimos, tenemos y vamos a tener con solicitudes de cooperación, especialmente órdenes de arresto. Vamos a seguir teniendo este problema en el futuro, en el caso de Rusia, por ejemplo. Este problema que genera mucha presión, y fue en parte tratado en la decisión de la Sala de Apelaciones en el caso de Jordania, respecto a la inmunidad, pero también respecto a la obligación de cooperación.

En el caso de Ucrania, Estados Unidos a través de una ONG, ha hecho posible el apoyo a la investigación *on the ground*, la cual tiene a estadounidenses en Ucrania, pero no de manera oficial, en tanto no puede mandar gente del FBI porque no son un Estado parte y sería muy complicado por razones de política doméstica. Claro, no es consistente, ya que antes, en el gobierno de Trump, querían destruir esa Corte y ahora la apoyan. Aunque es cierto que, con los gobiernos demócratas, como el de Obama, hubo siempre más apoyo operacional.

Existe la posibilidad de que un Estado sin ser parte firme un convenio de cooperación con la Corte. En el Estatuto, en las reglas de cooperación, hay una norma que dice que un Estado puede decir que quiere cooperar y se puede celebrar un convenio, sin necesidad de ser Estado parte. Es un poco como el tema de la jurisdicción *ad hoc* del artículo 12.3, aplicado en el caso de Ucrania que no es Estado parte. Es decir, hay ciertas reglas en el marco de la pertenencia: si yo per-

tenezco, soy Estado parte, como es el caso de Perú o Alemania, tengo que aceptar básicamente todo y tengo una obligación de cooperación; pero si no pertenezco, si no soy Estado parte, podría puntualmente cooperar, como lo hace Estados Unidos, o incluso podría formalizar mi cooperación. ¿Qué consecuencias tendría? Claro, si existiese un Convenio de Cooperación entre un Estado "X" y la Corte, ahí habría obligaciones como en cualquier tratado de derecho internacional. Si una parte incumple las cláusulas de Convenio podría, evidentemente, haber sanciones, pero ello no es muy realista bajo ese sistema y mucho menos frente a países como Estados Unidos o Rusia.

En otras palabras, la Corte es, incluso frente a los Estados partes, débil y dependiente. En la Asamblea de Estados Partes tenemos 123 Estados, y no existe un consenso entre todos estos. Uno podría decir que ni siquiera todos los Estados partes son absolutamente favorables a la CPI. Tomemos, por ejemplo, a Venezuela, un Estado bajo un examen preliminar, que es Estado parte, pero que no es tan favorable a la Corte. De todos modos, es difícil pensar en una situación en la que un Estado sea remitido a la Asamblea por posibles sanciones. Tal vez en el caso de Ucrania, ya que son más de 40 Estados los que han remitido la situación y existe demasiada presión. Así, por ejemplo, si un soldado o una persona que no goza de inmunidad, un tipo de medio rango, que ha sido juzgado por la Corte y viaja a Perú, la Corte lo busca y Perú no actúa, allí podríamos pensar probablemente que habría sanciones, en atención al fuerte apoyo de varios Estados a la situación e investigación en Ucrania.

6. ¿Cuán relevante fue el papel de América Latina para la creación de la Corte Penal Internacional y los contenidos del Estatuto de Roma, así como también cuán importante ha sido Latinoamérica y su cultura legal regional en el trabajo y la jurisprudencia de la Corte?

Yo creo que muy importante. En términos de creación, creo que el continente latinoamericano o americano con Canadá ha sido decisivo junto con el continente europeo. En las negociaciones tuvimos un grupo de estados favorables, los denominados *like-minded States*, entre los que estuvo Chile, Argentina y muchos países europeos. En particular, entre los Estados latinoamericanos, Argentina tuvo un papel muy importante. La jefa de la delegación argentina, Silvia Fernández, hoy es presidenta de la Asamblea de Estados Partes, fue la mano derecha del Primer Fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo, y fue jueza en la CPI. Es una persona que, desde el primer momento, ha acompañado el proceso. Como lo hizo también, Fabricio Guariglia, hoy Jefe de Investigación en la Fiscalía, y quien fue también miembro de la delegación argentina en Roma, y cuya participación ha sido fundamental.

En términos de la negociación, y bajo el contexto de la situación latinoamericana, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y todo el movimiento de derechos humanos de los años noventa y ochenta del siglo pasado, podemos decir que los dos bloques que apoyaron la idea de los derechos humanos como un instrumento contra la impunidad, y del derecho penal internacional como instrumento para proteger

penalmente a los derechos humanos, fueron América Latina y Europa Central.

Después de la creación, tuvimos varios jueces latinoamericanos, de los cuales yo destacaría a la jueza brasileña, Sylvia Steiner quien ha sido importante en varios juicios, inclusive con el *legal officer*, Hector Olásolo que hoy es profesor en la Universidad del Rosario, Bogotá, y quienes prácticamente han introducido toda la teoría del dominio de hecho en la jurisprudencia de la Corte. Sylvia Steiner ha sido una jueza de la primera generación, y participó en varios casos importantes como Lubanga y Katanga. También tuvimos a Odio Benito, ex jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a Silvia Fernández, quien tuvo a su lado a un *legal officer* también argentino y hoy jefe de la Misión de Investigación de la ONU, del *Human Rights Council*, sobre Venezuela. Es decir, un gran número de latinoamericanos influyeron en la jurisprudencia y en el desarrollo de la Corte, tanto a nivel de jueces como de *legal officers*. Y vale la pena enfatizar el rol fundamental de los *legal officers* en la preparación de las sentencias de la CPI y de otros Tribunales Penales internacionales. Muchas veces son ellos quienes escriben borradores tan buenos que los jueces solamente firman. Entonces ahí, también América Latina tuvo y tiene mucha influencia.

También existe influencia a nivel académico. Por ejemplo, Hector Olásolo organiza un *Moot Court* en español. En términos de actividad, América Latina siempre ha sido muy fuerte en los últimos 20 o 30 años. En las universidades, entre la gente joven, como en el caso de Europa y Estados Unidos hay mucha actividad, no tanto a nivel gu-

bernamental o político, pero sí a nivel académico. En ese sentido, mi respuesta es muy clara, la influencia de América Latina, ha sido muy importante y muy positiva.

7. ¿Qué significa para América Latina la reciente visita de Karim Khan, Fiscal de la Corte Penal Internacional, a Colombia y a Venezuela?

El fiscal Khan es muy activo, y mucho más visible que sus predecesores y es increíble la energía que tiene. Uno piensa que no duerme porque ayer estuvo en Bogotá, mañana en Siria o Libia, en Ucrania, es increíble. No es tanto que él haya visitado América Latina, en realidad él ha visitado muchos países y regiones bajo examen preliminar o investigación. Ha ido muchas veces a Ucrania, claro que le queda mucho más cerca que Lima o Bogotá, pero en sí él es muy activo.

Él ha comenzado con una nueva estrategia, de directamente a enfrentar a los Estados con situaciones, visitarlos y dar soluciones. Es muy ejecutivo y quiere resolver. Entonces, ¿cómo resolver? Habla con el presidente de Colombia, con la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), ofrece suspender el examen preliminar, pero ¿qué recibe a cambio?, ¿que contraoferta le puede hacer el gobierno colombiano? Alcanzar un acuerdo, un convenio con un gobierno – el anterior del Presidente Duque – que siempre ha atacado a la JEP durante todos los años de su existencia, y lograr que acepte apoyarla es mucho. Yo sé que, en Colombia, mucha gente critica la terminación del examen preliminar, pero si usted lee el Convenio de Cooperación entre la Fiscalía y el Gobierno, es una garantía del gobierno frente a la CPI y frente a la JEP. Esto sí es un éxito, independiente-

mente de los otros aspectos negativos que seguramente se puede identificar. Tampoco fue previsible que se iba a tener un nuevo gobierno en Colombia más favorable al Acuerdo de paz, y así a la JEP.

Y al siguiente día, Khan va a Caracas y al revés, enfrenta al Presidente Maduro diciendo “no voy a suspender nada aquí, sino que voy a seguir investigando” y Maduro, en la conferencia de prensa conjunta diciendo “tenemos desacuerdo”. Pero es un gran logro también, imagínense enfrentar a una persona como Maduro, diciendo “señor Maduro, aquí usted tiene un problema y aquí no es negociable una suspensión”. Y vamos tener pronto una *litigation* en la Corte sobre la admisibilidad de la investigación de la Fiscalía.

Es prácticamente lo contrario a lo ocurrido en Colombia, en donde se aceptó que hay una actividad relevante procesal colombiana con la JEP, etc., y donde el problema es que el gobierno no apoyó suficientemente este proceso. Entonces, la idea es dejar trabajar a los colombianos, pero siempre se puede intervenir, pues es una suspensión provisional sin efecto de cosa juzgada.

En ese sentido, es importante la visibilidad de Khan y su búsqueda de avanzar las cosas, ya que no es posible que se tenga una situación en examen preliminar durante 15 años sin tomar una decisión, como lo ocurrido en la situación colombiana. Algo se tiene que decidir, o se abre la investigación o se suspende. Y claro, Khan dijo yo tengo que tomar una decisión aquí, esto no puede ser así, es decir, la posición de no tomar decisiones y dejarlo para el sucesor no fue una alternativa para él. Entonces, en mi interpretación, es toda una nueva actuación del fiscal,

un fiscal que quiere resolver cosas y no dejar todo en el limbo, pero por otro lado también ha sido enfrentado con la nueva situación de la invasión rusa en Ucrania.

8. ¿Qué tan significativo, estima usted, será el papel de la Corte Penal Internacional en el marco de la invasión rusa de Ucrania y el respectivo conflicto armado, teniendo en cuenta que la Fiscalía ha abierto una investigación preliminar por posibles crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad e incluso genocidio a pedido de más de 40 Estados?

Muy importante, como mencioné anteriormente, hoy el enfoque, sobre todo aquí en Europa, es en esta investigación. La investigación en Ucrania ciertamente tiene prioridad, y por varias razones: más de cuarenta Estados remitieron el asunto, ha obtenido un apoyo masivo, así como más de veinte Estados enviaron personal (*seconded personnel*), funcionarios de los Estados que trabajan en la fiscalía, y dieron también apoyo económico. Entonces Khan ha logrado conseguir apoyo logístico y económico, no solamente para esta investigación, sino en general para otras investigaciones de su oficina. Asimismo, la apertura de la investigación ha sido muy rápida, así como todos los pasos que se han dado. Si bien la investigación data del 2014, con Khan y estos nuevos esfuerzos, la investigación se ha acelerado mucho, y ahora tenemos que esperar qué va a pasar, si se va a poder concretar en términos de órdenes de arresto y otros.

9. ¿Considera que se deben incluir otros crímenes en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, específicamente terrorismo internacional y ecocidio?

No, yo creo que los crímenes que tiene el Estatuto, los cuales son más de 50 si se toma en cuenta los sub tipos penales -recordemos que cada crimen tiene varios tipos, especialmente los crímenes de guerra- son más que suficientes. Yo incluso, como dije anteriormente, estoy muy escéptico en cuanto al crimen de agresión, ya incluido ahora dentro de los *core crimes*.

Respecto de los otros crímenes, el terrorismo internacional tiene problemas de definición, y el ecocidio mucho más, por lo que soy muy escéptico. He escrito sobre ello y he expresado mi postura en varios seminarios: técnicamente soy muy escéptico, porque la propuesta que se ha hecho es como de un nuevo subtipo de crimen de guerra. Me parece que la codificación que se propone no es suficientemente elaborada. Además de ello, la Corte tiene un problema de recursos y tiene suficiente trabajo. Ya con los crímenes que tiene actualmente, hay muchos más casos y situaciones de los que la Corte puede manejar. Si se quiere dar más crímenes a la Corte, se tendría que aumentar mucho más el presupuesto y darle más recursos, entre otros.

10. Una de las grandes innovaciones del Estatuto de Roma y la práctica de la Corte son los roles procesales dados a las víctimas como participantes en los procedimientos e incluso como partes cuando solicitan y reciben reparaciones. ¿Cree usted que se ha logrado un equilibrio adecuado entre tales roles, el respeto a los derechos del acusado o condenado, y la eficiencia procesal?

Una pregunta importante y muy difícil. Creo que la respuesta no es clara, no es blanco o negro. Creo que no tene-

mos alternativa a la de dar un lugar a las víctimas en ese tipo de procesos, y la Corte Penal Internacional en ese sentido ha avanzado mucho comparado con los tribunales *ad hoc*.

En el Tribunal de Kosovo se da la misma situación, tenemos también un régimen muy favorable a las víctimas, en el sentido de la parte civil francesa, la cual también está presente Perú y Alemania en nuestros procesos penales domésticos. Sí eso se tiene a nivel nacional, con más razón tenemos que dar ese estatus o rol a las víctimas en estos procesos, porque al final de todo, estas instituciones son creadas para alcanzar justicia a las víctimas. Son instituciones pro víctimas. No creamos un tribunal penal internacional para crear cargos para nosotros, ni para los jueces o fiscales, sino para realizar las aspiraciones de las víctimas.

Ello, sin embargo, crea evidentemente el problema de las expectativas y de la satisfacción de las víctimas, lo cual es muy difícil. De eso sufre mucho Colombia con la JEP y en el Perú también se ha visto con la Comisión de la Verdad y Reconciliación, porque nunca se puede incluir a todas las víctimas, siempre hay selección, que por supuesto se tiene que justificar. Sin embargo, para una víctima cuyo caso no ha sido incluido, esa será una decepción y va a preguntarse por qué su caso no está procesado, por qué se prioriza la masacre “x” y no la masacre “z”, y porque dentro de esta masacre el caso “a” y no (mi) caso “b”.

Ese el gran dilema al cual se enfrenta la fiscalía, tanto la internacional como la peruana o colombiana, pues tiene que priorizar. Tenemos que ser muy transparentes y explicar a las víctimas lo que son los casos representativos,

que, si bien su caso concreto o su victimización no está incluida específicamente, el caso representativo debe ser como algo analógico, corresponder al mismo paradigma de la violación de los derechos humanos.

Concretamente, en la participación, tenemos el problema del número de víctimas y de la representación legal, eso se ve también en el sistema nacional. Es imposible asignar para cada víctima un abogado, pues al final tendríamos más abogados en un caso que fiscales y jueces. Por eso tenemos que recurrir a la representación colectiva, que se usó desde muy temprano en la Corte Penal Internacional, y que termina por crear otro problema, ya que si hay un grupo de víctimas y un solo abogado que representa a todo ese grupo, algunos critican que eso es “estandarizar” a esas víctimas y que se olvida que cada una de ellas tiene su propia historia. Imaginemos que yo tengo veinte víctimas, usted Juan es abogado representante de esas víctimas, ¿usted puede dar justicia a cada víctima? Es probable que usted no conozca cada historia, tal vez hace todo lo posible, quiere hablar con cada víctima, quiere ser inclusivo y representar cada historia, cada victimización; pero ahí está el peligro: que el propio abogado que representa a esas veinte víctimas y prepara el caso, tal vez no tiene el tiempo de hablar con todas y conocer todas las historias.

Conocemos este problema de la representación colectiva, pero tampoco hay una alternativa porque no podemos tener más abogados aún, ya que ahí se genera el problema con la *expediency* o la velocidad de los casos. El sistema que tenemos actualmente es como el sistema de parte civil, en el

que el abogado de las víctimas tiene, en principio, los mismos derechos de participación, y eso demora mucho el proceso; porque si en un juicio la víctima tiene derecho a interrogar a los testigos o a hacer peticiones, estamos frente a un acto más. Y si usted tiene dos, tres o cuatro abogados, incluso doscientas víctimas representadas por cuatro abogados, son cuatro abogados que teóricamente pueden hablar, presentar escritos y alegatos. Todo eso lleva al sistema a un punto de quiebre, lo cual es un problema ya que ¿hasta qué punto el sistema puede manejar la participación de víctimas?

La participación de víctimas es importante, pero tenemos que pensar también en la operacionalidad y tenemos que tener un sistema eficiente. Por ello, mi colega Christine Van den Wyngaert, una jueza de la CPI y hoy en las *Kosovo Specialist Chambers*, escribió un artículo, en el que dice que con las víctimas no nos hicimos un favor, porque demoran los procesos. Ella es pro-víctimas, solo que tiene una perspectiva práctica de una jueza con mucha experiencia en la CPI y otros tribunales.

En suma, tenemos que encontrar una solución, pues, aunque evidentemente no podemos dejar de lado los derechos de las víctimas -los cuales están además codificados-, debemos hallar un compromiso que no frustre el otro objetivo, que es tener un proceso eficiente y con un resultado que no demore demasiado. Ese es el dilema.

11. En el contexto del principio de complementariedad que rige la relación entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales: ¿cuál es su opinión de la llamada ‘complementariedad positiva’, es decir la promoción

y apoyo activos por parte de la Corte a Estados para que estos ejerzan su jurisdicción nacional?

En principio me parece importante ese concepto, el cual se ha retomado con el nuevo fiscal. Yo mismo escribí un artículo sobre la situación colombiana denominado “*The Return of positive complementarity*” respecto del acuerdo de cooperación logrado (en español *aquí*). No podemos vivir sin esto, porque como dije anteriormente, la Corte es débil y está understaffed, tiene poco personal y recursos para manejar todo. Al final, la Corte debe ser el motor para que las jurisdicciones nacionales actúen, esa es la idea: la Corte supervisa e interviene si la jurisdicción nacional no actúa adecuadamente en el sentido de la complementariedad. Pero el mejor de los escenarios es que nuestras justicias nacionales resuelvan los problemas que se presentan, y no solamente por la falta de capacidad de la Corte, sino porque al final queremos lograr que la justicia penal nacional funcione.

No debemos olvidar que estos son casos minoritarios, pues si bien las grandes violaciones de derechos humanos y los crímenes internacionales nos afectan mucho, no son la mayoría de los casos con los que nuestros sistemas nacionales lidian. Así, en el Perú y en Alemania, la mayoría de estos son delitos que se encuentran en los códigos penales, ya sea delitos pequeños o incluso más graves como asesinatos o violaciones, pero no similares a los crímenes internacionales como core crimes. Nuestros sistemas tienen que funcionar bien para otorgar el servicio de justicia a los ciudadanos, quienes al final son los que pagan, a través de sus impuestos, por un sistema adecuado para ello.

Entonces, la idea de complementariedad positiva es aquella en la que la fiscalía dice: nosotros los ayudamos a ustedes, si Venezuela o Colombia quiere hacer justicia, nosotros vamos a enviar consultores, vamos a enseñarles derecho penal internacional, vamos a enviar expertos en evidencia forense, entre otros; lo mejor siempre es que ustedes actúen en su territorio.

Lo mismo ocurre con la jurisdicción universal, cuyo gran problema es también que ningún juez o fiscal está feliz de tener un caso extraterritorial. En mi país, por ejemplo, distinto al caso español, no nos centramos en los egos de querer figurar siendo juez de Pinochet u otros, sino se trata de aquello que podemos hacer seriamente, y debemos aceptar que no es seriamente posible que un juez alemán pueda investigar mejor que un juez peruano hechos ocurridos en Perú. Eso es obvio. Al igual que en el caso de un fiscal nacional del país afectado, quien es más competente para investigar, al ser parte de la cultura nacional y conocer la cultura, la lengua, etc.

Entonces, en principio siempre es una situación de excepción el que otra jurisdicción intervenga, sea universal o internacional. Nunca es una situación buena, pues ningún Estado o ciudadano puede estar contento de que la CPI considere que a ese sistema le falta voluntad o capacidad para investigar. Esa no es una buena situación, por lo cual la complementariedad positiva es un buen concepto, que lo tenemos que llenar de vida y tal vez ahora con Khan exista esa posibilidad. Por otro lado, también es cierto que es una cuestión muy práctica, cuyo funcionamiento dependerá de cada situación. Vale la pena, por ejemplo, ver que está sucediendo en Colombia

en la práctica, si finalmente la fiscalía coopera, pues ha dicho: nuestro compromiso con Colombia no se va a reducir, sino que va a aumentar. Ahora tenemos que ver si eso es realmente así, pero en teoría es un buen concepto: ayudamos a los colombianos a hacer su justicia, y eso sería una buena solución.

12. Finalmente, siendo que la Corte Penal Internacional opera dentro de complejos contextos de justicia transicional: ¿Cuál(es) debe(n) ser la(s) relación(es) entre la Corte y mecanismos tales como comisiones de la verdad, programas nacionales de reparaciones, tribunales penales mixtos y/o jurisdicciones especiales?

También debe ser una relación complementaria. Yo creo que es bastante claro que no podemos vivir sin esos mecanismos que hoy llamamos justicia transicional, esos mecanismos adicionales, no penales estrictamente como comisiones de verdad y otros. Es el foro para las víctimas. Tenemos que ofrecer algo fuera del juicio penal porque los juicios penales son limitados y un ejemplo de ello son las comisiones de la verdad. Ustedes en América Latina tienen la experiencia de ese gran modelo en Colombia, Chile, Argentina, Brasil y en Perú, a través de diferentes mecanismos para integrar a las víctimas.

Se debe ofrecer espacios para que las víctimas puedan integrarse y sentirse tratadas con respeto y sin revictimización. Esos mecanismos son muy importantes y el modelo colombiano es un sistema integral, del cual la JEP es solo un componente, el penal o judicial, pero no es el más importante. El problema es que siempre nos enfocamos en las cosas más visibles como la

JEP o la jurisdicción penal donde vemos a los acusados, etc., pero viendo la situación de manera holística, otros mecanismos pueden, tal vez, ser más importantes. Entonces, esos mecanismos alternativos son muy importantes y son parte, en mi opinión, de esta justicia penal internacional en sentido amplio, y no solo pensado en la justicia penal retributiva en el sentido tradicional, sino también en otros mecanismos para ofrecer espacios de memoria, para reconocer responsabilidad, etc. lo cual es muy importante para que una sociedad crezca.

En Alemania esto ha sido muy importante. En nuestro pasado nacional socialista, y también en el pasado socialista con Alemania Oriental, la parte penal tuvo un papel importante en Nüremberg y después también en procesos nacionales, pero siempre

estuvo presente la parte no penal, histórica y cultural. Claro, no fue tan elaborado después de la Segunda Guerra Mundial, en tanto no existía la justicia transicional de manera tan refinada o elaborada como hoy; las comisiones de verdad comenzaron en Sudáfrica, después en Argentina, en Chile, etc.

Pero más allá de ello, siempre fui claro respecto a que la justicia penal queda corta frente a las atrocidades. Mencionemos a las reparaciones, por ejemplo, las que pagó Alemania a Israel, y otras formas de tal vez buscar compensar el daño, y eso no es otra cosa que lo que hoy llamamos justicia transicional. Es solamente otro término, pues de hecho lo que busca es superar o tratar aquellas injusticias sufridas por muchas personas, con herramientas más allá de la justicia penal, la cual es siempre muy limitada. ◆

Nota del editor:

Para revisar las últimas publicaciones del Prof. Ambos en español el lector puede revisar el siguiente enlace en su pagina **web:** <https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/publikationen/e-publikationen-pdf> -> publicaciones en castellano.

En particular nos referimos a los siguientes trabajos:

Artículos académicos

- Complicidad en crímenes internacionales mediante suministros (legales) de armas, Polít. Crim. (2021), Art. 13, pp. 358-380 [PDF].
- (con Gustavo Urquizo), Corrupción punible y acuerdo ilícito: una aproximación al concepto de Unrechtsvereinbarung, en Estudios Penales y Criminológicos, XLI (2021), 493-450 [PDF].
- Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 22-15, 2020, 1-27 [PDF].
- (con Susann Aboueldahab) ¡La JEP no significa impunidad! Mitos, percepciones erróneas y realidades sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, CAPAZ Policy Brief No. 4-2020 [PDF].
- ¿Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para la medición de la pena? Las Sentencing Guidelines inglesas como objeto de investigación valioso, Revista Penal 46, 2020, 5-16. [PDF].
- El Régimen del "Testigo de la Corona" en Alemania, Revista General de Derecho Procesal 51, 2020, 1-40. [PDF].

- Editorial: Ley de Procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz: aciertos, debilidades y desafíos del derecho penal en contextos de justicia transicional, *Vniversitas* 69 (2020), 1-3 [PDF].
- Criminología nacionalsocialista. Continuidad y radicalización, *InDret*1/2020, 364-393 [PDF].

Artículos de prensa

- El retorno de la “complementariedad positiva”: a propósito del archivo del examen preliminar referente a Colombia por parte de la CPI, *El Espectador*, 1° de noviembre de 2021 [LINK], *Almacén de Derecho*, 1° de noviembre de 2021 [LINK], *La Ley*, 8 de noviembre de 2021.
- ¿Eliminar el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? ¿Y luego qué?, *Almacén de Derecho*, 29.10.21 [LINK]; *Semana (Colombia)*, 29.10.21 [LINK].
- Asesinatos con drones y Derecho internacional, *Almacén de Derecho*, 6 de septiembre de 2021 [LINK]; *La Ley*, 7 de septiembre de 2021 [LINK], *Semana*, 11 septiembre 2021 [LINK].
- Responsabilidad de empresas transnacionales por cadenas de suministro: la nueva legislación alemana, *Almacén de Derecho*, 10 de agosto de 2021 [LINK], *Semana*, 11 de agosto de 2021 [LINK]; *Derecho en acción (CIDE)*, 16 de agosto de 2021 [LINK].
- ¿Protección del medio ambiente a través del Derecho Penal Internacional?, *Almacén de Derecho*, 28 de junio de 2021 [LINK]; *La Ley*, 30 de junio de 2021 [LINK]; *Semana*, 1 de julio de 2021 [LINK].
- ¿Por qué necesitamos una Ley de cadenas de suministro?, *Almacén de Derecho*, 4 de abril de 2021 [LINK]; *La Ley*, 8 de abril de 2021 [LINK]; *Derecho en acción (CIDE)*, 7 de abril de 2021 [LINK].
- ¿“Una base competencial sólida”? La frágil competencia de la Corte Penal Internacional para crímenes en Palestina, *Almacén de Derecho*, 22 de febrero de 2021 [LINK]; *La Ley*, 4 de marzo de 2021 [LINK]; *Derecho en acción (CIDE)*, 1 de marzo de 2021, parte 1 [LINK], 2 de marzo de 2021, parte 2 [LINK].
- Victoria humanitaria para Assange, *Almacén de Derecho*, 11 enero 2021 [LINK]; *La Ley* 15 de enero 2021 [LINK]; *Semana* 12 enero 2021 [LINK]; *Derecho en acción (CIDE)*, 12 de enero de 2021 [LINK].