

DERECHOS HUMANOS Y CRÍMENES INTERNACIONALES. OBSERVACIONES SOBRE EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESTATUTO DE ROMA

*Emanuela Fronza**

RESUMEN. Este trabajo analiza el artículo 21, párrafo 3, del Estatuto de Roma, que requiere a los jueces que interpreten y apliquen ese tratado de manera conforme con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Tal norma, vinculante para el intérprete, establece un límite superior en la persecución de los crímenes internacionales y exige a los jueces el rigor necesario para asegurar el respeto de este estándar. A partir de algunas decisiones de la Corte Penal Internacional, se busca identificar ciertos problemas que suscita esa norma con referencia a sus funciones originarias y al uso que hacen los jueces de la sumamente vaga fórmula de *derechos humanos internacionalmente reconocidos*. Respecto de otros sistemas supranacionales e internacionales, se pone de manifiesto que la Corte, juez de la compatibilidad con los derechos humanos, no está sujeta al control de ningún órgano superior, lo que muestra no solo la especificidad de este sistema penal, sino también algunas de sus imperfecciones.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, interpretación del derecho, normas jurídicas, Estatuto de Roma.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag analysiert Art. 21 Abs. 3 des Römischen Statuts, das die Richter verpflichtet, diesen Vertrag in Übereinstimmung mit den international anerkannten Menschenrechten auszulegen und anzuwenden. Diese für die Auslegung verbindliche Norm legt hohe Standards für die Verfolgung von Verbrechen gegen das Völkerrecht fest und fordert von den Richtern die zu ihrer Einhaltung nötige Strenge. Ausgehend von bestimmten Entscheidungen des Internationalen Strafgerichtshofs sollen einige Probleme herausgearbeitet werden, die sich aus der genannten Vorschrift hinsichtlich ihrer ursprünglichen Funktionen

* Agradezco a Alejandro Kiss y Elena Maculan por su ayuda para la preparación de esta contribución. Gracias también a Héctor Olásolo

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

und des Gebrauchs, den die Richter von der äußerst unklaren Formulierung *international anerkannte Menschenrechte* machen, ergeben. Ein Vergleich mit anderen supranationalen und internationalen Systemen lässt erkennen, dass der Gerichtshof, der über die Vereinbarkeit mit den Menschenrechten richtet, keinerlei Kontrollen eines übergeordneten Organs unterworfen ist, was nicht nur den besonderen Charakter dieses Strafrechtssystems, sondern auch einige seiner Unzulänglichkeiten verdeutlicht.

Schlagwörter: internationales Recht der Menschenrechte, Rechtsauslegung, Rechtsnormen, Römisches Statut.

ABSTRACT. This work analyses Article 21 paragraph 3 of the Rome Statute, which requires judges to interpret and apply the treaty in a manner consistent with internationally recognized human rights. That binding rule sets the upper limit for the prosecution of international crimes and judges must abide by this standard. Based on some decisions by the International Criminal Court, an attempt is made to identify issues raised by the rule with regard to its original functions and the way judges use the vague formula of *internationally recognized human rights*. As compared with other supranational and international systems, it is worth noting that the Court has authority to evaluate consistency with human rights and it operates without control by any superior body, which shows that this criminal system is very specific and not quite perfect.

Keywords: international human rights law, interpretation of the law, legal rules, Rome Statute.

1 ● Introducción

Por primera vez en la historia del derecho y de la justicia penal internacional, se observa en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) una norma que indica el derecho aplicable (artículo 21 del ECPI).¹

¹ Esta norma expresa claramente la voluntad del sistema de la Corte de autonomizarse respecto de otras fuentes externas y de establecer las fuentes aplicables (la autonomía del sistema es formalizada también por el artículo 10 del ECPI). Por el contrario, el pluralismo de fuentes y el rol asignado al juez son elementos que se ubican en una dimensión de continuidad con rasgos del derecho penal internacional preexistente en materia de fuentes aplicables. La práctica de la Corte denota la utilización de fuentes muy diversas (por ejemplo, se citan el *Report* del secretario general de las Naciones Unidas sobre "The Establishment of a Special Court of Sierra Leone" (CSL), sentencias de la Cámara de Apelación de la misma Corte, los Convenios de Ginebra, la Convención sobre

EMANUELA FRONZA

Los redactores del ECPI, en discontinuidad con las experiencias anteriores, han decidido no solamente indicar las fuentes, sino también ordenarlas según una jerarquía que se encuentra cristalizada en el párrafo 1, letras *a*, *b* y *c*, de esa misma disposición.²

Este trabajo no pretende analizar el sistema de fuentes en el ECPI, sino que se concentra exclusivamente en la cláusula de cierre contemplada en el párrafo 3 del artículo 21,³ que, casi de manera pleonástica, afirma:

La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

El objetivo específico de nuestro análisis es tratar de identificar la función de este artículo en el sistema de la Corte Penal Internacional (CPI) y —sin pretensión de exhaustividad— demostrar, a través del examen de algunas *decisions* de este tribunal, cómo esa disposición ha sido utilizada y qué problemas plantea.⁴

Los Derechos del Niño de 1989 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

² "1. La Corte aplicará: a) en primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) en segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) en su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos". Al respecto cf. I. Bantekas: "Reflections on some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law", en *International Criminal Law Review*, n.º 6, 2006, pp. 121-136; Gilbert Bitti: "Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC", en Carsten Stahn y Göran Sluiter (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, pp. 285, 294; A. Pellet: "Applicable Law", en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John Jones: *Commentary on the ICC Statute*, Oxford: Oxford University Press, 2002; Alexander Zahar-Goran Sluiter: *International Criminal Law: A critical Introduction*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 79-105; Paul Akande: "Sources of International Criminal Law", en Antonio Cassese (dir.): *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2009; Matteo Costi y Emanuela Fronza: "Le fonti", en Enrico Amati, Valentina Caccamo, Matteo Costi y Antonio Vallini: *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milán: Giuffrè, 2010, p. 77.

³ Sobre el § 3 del artículo 21 del ECPI, véase Daniel Sheppard: "The International Criminal Court and 'Internationally Recognized Human Rights': Understanding Article 21 (3) of the Rome Statute", en *International Criminal Law Review*, n.º 10, 2010, pp. 43-71; Leena Grover: "A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court", en *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3, 2010; Rebecca Young: "'Internationally recognized human rights' before the International Criminal Court", en *International Comparative Law Quarterly*, n.º 60, 2011, pp. 189-208.

⁴ Respecto de la referencia a los derechos humanos en la práctica de los tribunales *ad hoc*, véase Elisabeth Lambert-Abdelgawad: "Les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux

2 • El artículo 21, párrafo 3, del ECPI: la “interpretación y aplicación”. ¿La Corte como *Haus ohne Hüter*?

En primer lugar, cabe señalar que la norma examinada distingue entre aplicación e interpretación, actividades que en realidad no son fácilmente distinguibles.⁵

Puesta por el legislador y destinada a los jueces de la CPI, impone un límite a su actuación (la compatibilidad con los derechos internacionalmente reconocidos),⁶ sea en el momento interpretativo, sea en el momento aplicativo, que se refiere a las fuentes mencionadas en los apartados del párrafo 1 del mismo artículo. Al tope de la jerarquía prevista en el artículo 21 del ECPI, los redactores de este tratado colocan a los derechos humanos “internacionalmente” reconocidos. Por ello, entre las varias interpretaciones posibles, es necesario elegir la que sea compatible con los principios inherentes a esos derechos.

El párrafo 3 del artículo 21, en consecuencia, establece un límite superior de respeto a los derechos humanos, tal como se hace en otros sistemas internacionales o supranacionales. Piénsese, por ejemplo, en el sistema de la Unión Europea y la necesidad de respetar los derechos fundamentales.⁷ Una comparación con este sistema parece interesante porque permite reflexionar sobre elementos que, por un lado, caracterizan al sistema de la CPI y, por el otro, muestran la especificidad de este sistema.

El párrafo 3 del artículo 21 tiene como función obligar a los jueces a actuar de manera compatible con los derechos humanos. Sin embargo, el sistema de la CPI, a diferencia del sistema de la Unión Europea, no prevé ninguna jurisdicción superior competente para controlar la compatibilidad de su acción con el límite (superior)

sources du droit international du droit de l'homme”, en Mireille Delmas Marty, Emanuela Fronza y Elisabeth Lambert Abdelgawad (dirs.) : *Les sources du droit international pénal*, París : Société de Législation Comparée, 2005.

⁵ Que la actividad interpretativa pueda ser separada de la aplicación al caso en concreto es un debate muy vivaz. En el marco de la teoría del derecho, véase Gustavo Zagrebelsky: *La legge il suo diritto*, Bolonia: Il Mulino, 2011, el que evidencia que la aplicación suscita la necesidad de la interpretación y, por lo tanto, que se trata de momentos no separables.

⁶ En la versión en inglés de este párrafo se habla de una interpretación y aplicación que tiene que ser *consistent*; en el texto en francés se usa el término *compatible*.

⁷ El sistema establecido por la ECPI parece todavía más estricto porque se aplica no solamente a la interpretación, sino también a la aplicación. Ergo, no se puede interpretar ni aplicar una norma del ECPI si eso produce resultados discriminatorios o incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

EMANUELA FRONZA

puesto por aquella norma. En este sentido, parece una *lex imperfecta*, ya que no existe un guardián que pueda censurar eventuales antinomias y garantizar así el respeto de los derechos humanos. En otras palabras, el sistema de Roma ha previsto un organismo (la CPI) que puede defender al ECPI, pero no una jurisdicción competente, más allá de la CPI, que pueda defendernos del ECPI y de la actividad y las decisiones de la CPI.

La CPI no forma parte de un sistema *multilevel*, al menos en cuanto no existen organismos que puedan controlar su actividad.⁸ Es conocida la posibilidad en el ámbito europeo de que actúen diferentes jurisdicciones para identificar y solucionar una posible incompatibilidad con los derechos fundamentales, con base en una interpretación conforme a la Convención Europea, el derecho comunitario o el derecho nacional.⁹ Ahora bien, si la CPI optara en un caso por una interpretación o aplicación incompatible con el criterio establecido en el artículo 21, párrafo 3, es difícil imaginar que ella misma admitiera esa incompatibilidad. En efecto, la CPI es el *dominus* de este test de compatibilidad a la luz de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Por lo tanto, en el futuro sería útil tratar de encontrar un mecanismo de control no solo en abstracto, sino también en concreto, para que sea posible plantear una eventual antinomia entre una decisión de la CPI y los derechos humanos a los que se refiere aquella norma.

La jurisprudencia de la CPI cita a menudo el párrafo 3 del artículo 21,¹⁰ y de esa jurisprudencia se desprende claramente la función de parámetro interpretativo y

⁸ Sobre el sistema *multinivel* de protección de los derechos fundamentales, cf. Vittorio Manes: "Introduzione", en Vittorio Manes y Vladimiro Zagrebelsky (dir.): *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milán: Giuffré, 2011.

⁹ Sobre este método, cf. Giusi Sorrenti: *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milán: Giuffré, 2006; para un análisis en el marco del derecho penal, cf. Francesco Viganó: "Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali", en Corso-Zanetti (dir.): *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, p. 617; cf. también los artículos contenidos en el volumen a cargo de Vittorio Manes-Filippo Sgubbi: *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna: Bononia University Press, 2007.

¹⁰ Más allá de las sentencias que vamos a analizar, se puede decir que la jurisprudencia de la CPI no siempre se refiere al párrafo 3 del artículo 21 con respecto a los mismos conceptos. Y esta referencia implica la utilización de otras normas (en abstracto tendrían que ser solamente instrumentos de interpretación) a veces individualmente y otras de manera conjunta. Por ejemplo, podemos citar la siguiente decisión: *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case ICC-01/04-01/06 OA8, *Reasons for "Decision of the Appeals Chamber on the Defence Application 'Demande de suspension de toute action ou procedure afin de permettre la désignation d'un nouveau Conseil de la Défense' Filed on 20 February 2007 issued on 23 February 2007"*, Appeals Chamber, 9 de marzo de 2007 (§ 12), donde se afirma que el derecho del acusado a su representación legal en cabeza de un consejo, es un "derecho humano internacionalmente reconocido", y se citan varios tratados internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Resolución de la Asamblea General 2200A (XXI), United Nations Document A/6316 (1966), 23 de marzo de 1976; Convención Europea de Derechos Humanos; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; Convención Americana de Derechos Humanos). Siempre en el caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 OA

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

aplicativo que tiene aquella norma. Al respecto, se puede citar como ejemplo una decisión pronunciada en el caso *Bemba*,¹¹ donde se establece lo siguiente:

39. The Chamber also takes into consideration the evidentiary principles as interpreted in previous decisions of the Court, as well as internationally recognised human rights standards as provided for in article 21(2) and (3) of the Statute.

Asimismo, se puede mencionar otra decisión de la CPI, pronunciada en el caso *Lubanga Dyilo*,¹² que parece especialmente interesante para entender cómo los derechos humanos tienen una eficacia preceptiva, vinculante para la interpretación y aplicación de las normas, sin que ello implique convertirlas en fuente del derecho:

37. Breach of the right to freedom by illegal arrest or detention confers a right to compensation to the victim (see article 85 (1) of the Statute). Does the victim have any other remedy for or protection against breaches of his/her basic rights? The answer depends on the interpretation of article 21 (3) of the Statute, its compass and ambit. Article 21 (3) of the Statute stipulates that the law applicable under the Statute must be interpreted as well as applied in accordance with internationally recognized human rights. Human rights underpin the Statute; every aspect of it, including the exercise of the jurisdiction of the Court. Its provisions must be interpreted and more importantly applied in accordance with internationally recognized human rights; first and foremost, in the context of the Statute, the right to a fair trial, a concept broadly perceived and applied [...].¹³

El artículo 21, párrafo 3, es utilizado también como puerta de entrada para argumentos adicionales que sustenten una interpretación efectuada por la CPI. Por ejemplo, la Cámara de Apelaciones,¹⁴ al afirmar que las personas que no sean testigos ni víctimas o familiares pueden ser protegidas a través de la *non-disclosure* de su identidad, en aras de garantizar su seguridad, busca apoyo en el artículo 21, párrafo

9 OA 10, en particular en la *Sentencia relativa a las apelaciones del Fiscal y la Defensa contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la participación de las víctimas de 18 de enero de 2008* (Appeals Chamber, 11 de julio de 2008), el juez Pikis, en su voto en disidencia (§ 13 ss.), también se valió del artículo 21, § 3, para citar la jurisprudencia del Tribunal Europeo que establece límites a la participación de las víctimas y expresa el contenido de la noción de *juicio justo*.

¹¹ *The Prosecutor v. Bemba Gombo*, 01/05-01/08, Pre-Trial Chamber II, *Decision on Confirmation of Charges*, 15 de julio de 2009.

¹² Cf. *Lubanga Dyilo*, 01/04-01/06-772, *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2) (a) of the Statute of 3 October 2006*, Appeals Chamber, 14 de diciembre de 2006, § 36-37.

¹³ Cursivas añadidas.

¹⁴ *The Prosecutor v. Katanga (Situation in the Democratic Republic of the Congo), Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled "First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements"*, Case ICC-01/04-01/07 (OA), Appeals Chamber, 13 de mayo de 2008, § 57 y 58.

EMANUELA FRONZA

3, diciendo que su interpretación es conforme (“*in adherence*”) a lo afirmado en ciertas sentencias del Tribunal Europeo.

2.1. Los derechos humanos “internacionalmente reconocidos”

Como hemos visto, el artículo 21, párrafo 3, del ECPI exige que la CPI interprete y aplique el derecho de conformidad con los derechos humanos *internacionalmente reconocidos*.

Esta formulación, que difiere de la que habla de derechos “generalmente” reconocidos, no es nueva dentro del panorama internacional.¹⁵ El mismo test de compatibilidad, pese a que utiliza palabras parcialmente diferentes, puede encontrarse también en otros textos cuya aplicación es competencia de diferentes jurisdicciones penales internacionales. El texto del acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos en este país¹⁶ prevé en su artículo 12 (sobre procedimiento), párrafo 2:

Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) [...] shall exercise their jurisdiction in accordance with international standards of justice, fairness and due process of law, as set out in Articles 14 and 15 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, to which Cambodia is a party.

Esta formulación nos parece similar a la que ha sido utilizada en el párrafo 3 del artículo 21 del ECPI.¹⁷

Siempre en el marco de las ECCC, podemos mencionar la “*Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004*”. En efecto, el nuevo artículo 20, párrafo 1,¹⁸ y el nuevo artículo

¹⁵ Se encuentra la misma expresión en *United Nations Mission in Kosovo (UNMIK), Section 3 of UNMIK Regulation n.º 2000/6, each internationally-nominated judge or prosecutor has to take before the Special Representative of the Secretary-General upon appointment: “In carrying out the functions of my office, I shall uphold at all times the highest level of internationally recognized human rights, including those embodied in the principles of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its protocols”*. Cf. Lorenzo Gradoni: *Human rights in practice*, en prensa, p. 5.

¹⁶ *Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea*, firmado el 6 de junio de 2003 y en vigor desde el 29 de abril de 2005.

¹⁷ Para un análisis de las fórmulas utilizadas en otros textos aplicables por las jurisdicciones internacionales, cf. Lorenzo Gradoni: o. cit.

¹⁸ Nuevo artículo 20: “The Co-Prosecutors shall prosecute in accordance with existing procedures in force. If these existing procedures do not deal with a particular matter, or if there is uncertainty regarding their inter-

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

23, párrafo 1,¹⁹ hablan de “*international standards*”, sin determinar su contenido. De la misma manera, el nuevo artículo 33, párrafo 2, se refiere a “*international standards of justice*”.²⁰

Ahora bien, cabe preguntarse si el contenido de esta expresión tan vaga coincide con el de “*generally recognized*” o si es diferente.

En realidad, el ECPI utiliza ambas en diversos artículos.²¹ Excluyendo a la norma sobre el derecho aplicable, el ECPI habla de normas generalmente reconocidas, por ejemplo, en el artículo 106, párrafo 1, con respecto a la ejecución de la pena y a las condiciones de reclusión.²²

Podemos preguntarnos si la expresión *internacionalmente reconocidos* incluye también a las normas regionales sobre derechos humanos, además de a las universales.²³

Esta formulación, en suma, contiene un *quid pluris* respecto de la fórmula derechos humanos *universalmente* reconocidos. Hablar de derechos humanos *internacionalmente* reconocidos permite recurrir también a fuentes como la Convención Europea o la Convención Americana de Derechos Humanos, así como a la jurisprudencia de las cortes respectivas, que son internacionales pero no universales.

Es interesante volver a mencionar el caso *Lubanga*, en particular una decisión en la que el juez Piki, en su voto disidente, expresa que *internationally recognized human rights* tiene que ser entendida como expresión que lleva a la CPI a recurrir no

pretation or application or if there is a question regarding their consistency with international standards, the Co-Prosecutorial rules established at the international level”.

¹⁹ Nuevo artículo 23: “All investigations shall be the joint responsibility of two investigating judges, one Cambodian and another foreign, hereinafter referred to as Co-Investigating Judges, and shall follow existing procedures in force. If these existing procedures do not deal with a particular matter, or if there is uncertainty regarding their interpretation or application or if there is a question regarding their consistency with international standards, the Co-Investigating Judges may seek guidance in procedural rules established at the international level”.

²⁰ Nuevo Artículo 33: “The Extraordinary Chambers of the trial court shall exercise their jurisdiction in accordance with international standards of justice, fairness and due process of law, as set out in Articles 14 and 15 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights”. Cabe señalar también la regla 21 de las Internal Rules (as revised on 17 September 2010). Además, la Sala Preliminar de las ECCC, en la “Fully reasoned Decision on Ieng Thirith’s Appeal against the Coinvestigating Judges’ Order rejecting Request for Stay of Proceedings (D264/2)”, del 10 de agosto de 2010, usa los *international standards* para extender más allá de la letra de las Internal Rules la competencia habilitada por la apelación, concerniente a la legalidad de la detención. Véanse especialmente los párrafos 13 y 14.

²¹ El artículo 69, § 7, dispone: “No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando [...]”

²² “La ejecución de una pena privativa de libertad estará sujeta a la supervisión de la Corte y se ajustará a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos”.

²³ Algunos autores subrayan la naturaleza confusa de esta fórmula. Cf. Paul Akande: o. cit.

EMANUELA FRONZA

solo a la costumbre, sino también a instrumentos universales y regionales.²⁴ Afirma ese juez:

16. Article 21 (3) of the Statute ordains the application and interpretation of every provision of the Statute in a manner consistent with internationally recognized human rights. Internationally recognized human rights in this area, as may be distilled from the Universal Declaration of Human Rights and international and regional treaties and conventions on human rights [...].

De manera similar, en la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares III en el caso *Bemba*,²⁵ se establece:

13. The principle of fairness of proceedings is a fundamental element in criminal proceedings, including its pre-trial phase, and it is mirrored in many provisions of the relevant legal instruments of the Court. As the Appeals Chamber previously held, article like every other article of the Statute must be interpreted and applied in accordance with internationally recognized human rights, as provided for in article 21(3) of the Statute. In this context, the Single Judge refers to the principle of 'fair trial' as enshrined in international legal instruments, such as article 10 of the Universal Declaration of Human Rights, article 14 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights, article 6 (1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, article 8 (1) of the American Convention on Human Rights and article 7 (1) of the African Charter on Human and Peoples' Rights.

De este ejemplo se desprende que, aunque sea difícil imaginar una antinomia entre las normas que debe aplicar la CPI y los derechos internacionalmente reconocidos, los jueces nunca podrían elaborar un concepto de juicio justo incompatible con lo que dicen otras jurisdicciones sobre derechos humanos.

Por lo tanto, la expresión *internacionalmente reconocidos* agrega algo diferente, lo que parece confirmado por el hecho de que cuando el legislador quiso realmente referirse a un orden jurídico universal, así lo hizo. Al respecto, cabe señalar el artículo 7, párrafo 1, letra *b*, donde se prevé el crimen de persecución como crimen contra la humanidad, y especialmente el criterio establecido en esa norma para determinar

²⁴ *Prosecutor v. Lubanga Dyilo (Situation in the Democratic Republic of the Congo)*, "Judgment on the Appeal of Mr. Lubanga Dyilo against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled 'Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo'", Separate Opinion of Judge Georgios M. Pikis, Case 01/04-01/06 (OA 7), 13 de febrero de 2007, § 16. El juez, mediante el artículo 21.3, recurre a varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos: Declaración Universal (artículo 9), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9), Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (artículo 5), y tratados regionales como la Carta Africana (artículo 6) o la Convención Interamericana (artículo 7).

²⁵ Cf. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-75, "Decision on the Prosecutor's application for leave to appeal Pre-Trial Chamber III's decision on disclosure (25 August 2008)", (ICC, Pre-T.Ch. III, Kaul J.).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

los grupos que pueden ser víctimas de este crimen: “[...] otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables”.²⁶

En cambio, el artículo 21, párrafo 3, al hablar de *internationally recognized*, sugiere que los redactores del ECPI quisieron referirse a una categoría diferente, más amplia, internacional.

Cabe mencionar que la CPI pone en evidencia la especificidad de la jurisprudencia regional, la cual, como hemos dicho, a veces es citada para identificar y definir los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por ejemplo, en una decisión en el caso *Prosecutor contra Kony, Otti, Odhiambo and Ongwen (Situation in Uganda)*, del 16 de septiembre de 2009,²⁷ la Cámara de Apelaciones afirmó:

66. [...] Furthermore, and contrary to the contention of Counsel for the Defence, internationally recognised human rights standards do not necessarily extend all the rights enshrined in article 67 of the Statute to persons who have not yet been surrendered to the Court or appeared voluntarily before it. The decisions of the Inter-American Court of Human Rights and of the European Court of Human Rights on which Counsel for the Defence relies are related to procedural contexts different from the instant case.

Tras asumir que el artículo 21, párrafo 3, funciona como una norma *casi constitucional* en el sistema del ECPI²⁸ y que permite introducir en él normas y principios derivados de fuentes externas, la doctrina²⁹ ha puesto en evidencia que la CPI no ha elaborado todavía cómo seleccionar esas fuentes y cómo aplicar las reglas derivadas de ellas.³⁰

En cambio, lo que se advierte —y se critica— en muchas decisiones de la CPI es una aproximación que Sheppard define como *shotgun approach*. Con esta expresión el autor quiere referirse a un mecanismo interpretativo adoptado (por ejemplo, por el

²⁶ Cf. artículo 7, § 1, letra h: “Crímenes de lesa humanidad 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: [...] h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”.

²⁷ *The Prosecutor v. Kony, Otti, Odhiambo and Ongwen (Situation in Uganda)*, Judgment on the Appeal of the Defence against the “Decision on the Admissibility of the Case under Article 19(1) of the Statute” of 10 March 2009, Case ICC-02/04-01/05 OA 3, Appeal Chamber, 16 de setiembre de 2009, § 66.

²⁸ Sheppard: o. cit., p. 46.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, p. 44.

EMANUELA FRONZA

juez Kaul sobre la interpretación de *fairness*) en aras de calificar un concepto o principio como derecho humano internacionalmente reconocido. Consiste en citar muchas fuentes diferentes que prevén el mismo concepto o principio, pero sin detenerse en analizar el valor jurídico de los instrumentos que se citan (si son vinculantes o solo declaran principios) ni por qué deberían tener relevancia instrumentos regionales aplicables en continentes diferentes al del caso que se juzga (ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos en el continente africano).

Se deduce que estos instrumentos internacionales, tan diferentes entre sí y con un alcance aplicativo distinto, son utilizados como indicador de la existencia de una costumbre internacional al respecto (es decir, que de acuerdo con la costumbre internacional, ese principio es un derecho humano internacionalmente reconocido).³¹

3 • El artículo 21, párrafo 3, como norma de guía para la actividad de la Corte

Antes de analizar decisiones que hacen referencia al párrafo 3 del artículo 21, parece oportuno intentar aclarar cuáles son la naturaleza y las funciones de esta norma.

En efecto, mientras que el párrafo 1 (letras *a*, *b* y *c*) del artículo 21 señala las fuentes aplicables, el párrafo 3 no contiene una fuente suplementaria. Esta norma, en otras palabras, no es una fuente de derecho, en el sentido de que no puede reconocer nuevos derechos a las víctimas o a los imputados más allá de lo que ya prevé el ECPI. Por decirlo de algún modo, no es una letra *d* del párrafo 1, sino que guía a los jueces en la interpretación y aplicación de las otras fuentes del derecho.

Además, si la CPI aplicara de manera correcta los párrafos 1 y 2 del artículo 21 (que exigen también una carga argumentativa más compleja para los jueces), el párrafo 3 sería muy poco utilizado. Como hemos dicho, no se trata de una fuente, sino de una disposición que puede introducir normas (parámetros) en el sistema de la CPI, a fin de de comprobar la compatibilidad de la actividad de esta Corte con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (*test de compatibilidad*).³²

³¹ *Ibidem*, p. 7.

³² La dificultad se debe a que el ECPI va más allá de la flexibilidad inherente al *human rights law*, al introducir un test de reconocimiento internacional, pero sin aclarar los criterios para superar este test. *Ibidem*, p. 47.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En efecto, se trata de una disposición que marca un límite interno a los jueces, con el objetivo de garantizar el respeto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y el fin antidiscriminatorio. Entre todas las interpretaciones posibles, los jueces tienen que elegir la que sea compatible con esos estándares, por lo que quedan excluidas las interpretaciones y aplicaciones que sean abstractamente admisibles de acuerdo con las disposiciones estatutarias —o las reglas de procedimiento y prueba—, pero no según el párrafo 3.

En cambio, si se interpreta esta norma como disposición que indica una fuente ulterior, se anula su diferencia con los párrafos 1 y 2, ya que estos permiten que los jueces recurran a fuentes diferentes por fuerza y contenido.

Por el contrario, el párrafo 3 solamente exige que el intérprete compruebe que su interpretación y aplicación sea coherente; no requiere aplicar *tout court* otras fuentes sobre derechos humanos internacionalmente reconocidas que puedan crear nuevos derechos. Una interpretación semejante terminaría por convertirse en una enmienda —aunque informal— del artículo 21 del ECPI, y podría ser peligrosa si se tiene en cuenta la tendencia autopoiética y autorreferencial de las jurisdicciones penales internacionales,³³ rasgo general que es confirmado por la actividad de la CPI.

4. El uso del artículo 21, párrafo 3, en la jurisprudencia de la Corte: algunas decisiones paradigmáticas

Después de estas consideraciones preliminares, intentaremos mostrar, a través del análisis de algunas decisiones de la CPI, la utilización del artículo 21, párrafo 3, y los elementos problemáticos que surgen de esta primera jurisprudencia.

Por razones obvias, no podremos abarcar toda la jurisprudencia de la CPI.³⁴ Hemos seleccionado algunas decisiones paradigmáticas, en nuestra opinión,

³³ Véase la contribución de J. De Hemptinne en Mireille Delmas Marty, Emanuela Fronza y Elisabeth Lambert Abdelgawad (dirs.): *Les sources du droit international pénal*, París: Société de Législation Comparée, 2005.

³⁴ No vamos a examinar aquí todas las cuestiones que plantea el artículo 21, § 3. Por ejemplo, quedará fuera la pregunta acerca de si esta norma otorga nuevos poderes a la CPI. A este respecto se habla de *inherent powers* de la CPI. También se dice que poderes que no se pueden desumir del ECPI se pueden recabar del artículo 21, § 3 (en este sentido, Gradoni habla de *effect of power conferring* de esta norma; véase *Human rights in the practice*, cit.).

EMANUELA FRONZA

acerca de aspectos problemáticos que pueden surgir de la dimensión *viviente* de esa disposición.

4.1. ¿Qué fuentes pueden servir para interpretar de modo compatible el derecho aplicable? El recurso a los Principios Básicos sobre los Derechos de las Víctimas

Es interesante citar una decisión en el caso *Lubanga*,³⁵ en la que la Sala de Primera Instancia I se pronunció sobre la noción de daño (*harm*) y, al referirse al artículo 21, párrafo 3, del ECPI, y por su intermedio a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, amplió la definición de daño relevante para la atribución de la calidad de víctima, a partir de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (*Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*).

En el voto de la mayoría, el artículo 21, párrafo 3, ha sido utilizado como puerta de entrada para incorporar los Principios Básicos sobre los Derechos de las Víctimas, a fin de adoptar su definición amplia de daño y la consecuente concepción amplia de víctima (párrafos 34-35 y 92).

Cabe poner de manifiesto que, en su voto disidente, el juez Blattman critica esa interpretación de la mayoría. En realidad, el juez no critica el uso del artículo 21, párrafo 3 (lo que, por el contrario, apoya), sino el hecho de que mediante esta norma se recurra a los Principios Básicos (párrafos 4 y siguientes del voto citado). Afirma que los principios 8 y 9 que cita la mayoría no constituyen “una autoridad fuertemente persuasiva o decisiva” que la CPI debería utilizar, debido a que su contenido había sido expresamente discutido y rechazado durante los trabajos preparatorios del ECPI (párrafo 5). Es decir que, para el juez, el recurso a otros instrumentos internacionales que establezcan derechos es admisible, a condición de que no impliquen ir en contra de lo que fue expresamente rechazado a la hora de adoptar el ECPI (párrafo 4).

³⁵ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on victims’ participation”, Trial Chamber I, 18 de enero de 2008. Sobre esta decisión y otra jurisprudencia sobre el tema de protección de las víctimas, cf. Alejandro Kiss y Héctor Olásolo: “El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de las víctimas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 12, 2010, pp. 7 ss.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Asimismo, el juez critica la interpretación de la mayoría porque implica una definición imprecisa de *víctimas* que pone en peligro el derecho del imputado a un juicio justo y de duración razonable.

Por último, recuerda que otras Salas de la CPI han dado interpretaciones diferentes de las nociones de daño y víctima, más restrictivas, y que apartarse de esos precedentes sin ningún respaldo normativo conlleva el riesgo de producir una pluralidad de interpretaciones diferentes que engendren confusión y disparidades entre las víctimas.

El 11 de julio de 2008, la Cámara de Apelaciones³⁶ confirmó parcialmente la decisión de la Sala de Primera Instancia al afirmar que solo puede ser considerado víctima quien haya padecido un daño personal, sin necesidad de que este sea también directo, y que las víctimas que participan en el juicio pueden, en principio, presentar pruebas relacionadas con la culpabilidad o la inocencia de los acusados e impugnar la admisibilidad o la pertinencia de las pruebas. Por otra parte, afirmó que la participación de las víctimas, de acuerdo con la regla 85, está limitada a lo relacionado con los crímenes descritos en los cargos confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares (párrafos 53-65).

4.2. La ausencia de decisiones como criterio interpretativo para el test de compatibilidad

En la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I,³⁷ firmada por la jueza Sylvia Steiner, se analizan los derechos de las víctimas a presentar pruebas y a refutar la prueba presentada por la Fiscalía y la Defensa. Esta decisión nos parece interesante para observar de qué manera se puede recurrir a la jurisprudencia de los organismos regionales, mediante el artículo 21, párrafo 3, como modalidad de interpretación de las normas aplicables.³⁸

³⁶ CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 11 de julio de 2008, acerca de las apelaciones del fiscal y el defensor contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I, de 18 de enero de 2008, sobre la participación de las víctimas.

³⁷ ICC-01-04-01/07, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, 13 may 2008. Sobre la jurisprudencia acerca de las víctimas y también sobre la incoherencia de esa jurisprudencia, véase Kiss y Olásolo: o. cit., pp. 7-9.

³⁸ Cabe señalar que, a menudo, la CPI cita la jurisprudencia de los organismos regionales. Por ejemplo, parece muy importante recordar que justamente esta jurisprudencia ha sido utilizada por los jueces para afirmar nuevos derechos de las víctimas, como el derecho a la verdad y a la justicia. Para fundamentar la existencia de este derecho que define como "bien establecido", la CPI cita no solamente las normas de los Convenios de Ginebra, sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Cf. CPI: *Situation in The Democratic Republic Of The Congo in the Case of The Prosecutor*

EMANUELA FRONZA

La jueza cita los sistemas nacionales que reconocen tales derechos (Francia, Alemania, España y Brasil), y al mismo tiempo recurre a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos, para establecer que esos derechos son compatibles con los estándares internacionalmente reconocidos sobre los derechos de defensa y a un juicio imparcial. Llega a esta conclusión a raíz de dos argumentos: en primer lugar, la *ausencia* de decisiones de esos órganos que declaren que el reconocimiento de tales derechos de participación infringe los derechos del acusado, o que la previsión de derechos de persecución no acompañados por poderes de investigación infringe esos derechos; en segundo lugar, la existencia de sentencias de tales órganos que, en cambio, reconocen que el derecho de la víctima de participar en la fase de investigaciones preliminares ha sido especialmente útil para la lucha contra la impunidad, y por ende constituye un mecanismo efectivo para cumplir con las obligaciones internacionales de persecución y castigo que recaen sobre todo Estado.

Por lo tanto, de acuerdo con los estándares de derechos humanos, la participación de las víctimas no es ilegítima. La CPI interpreta el artículo 68, párrafo 3, del ECPI, de acuerdo con jurisprudencia sobre estándares internacionales. El problema es que la jueza Steiner interpreta esta norma valiéndose de la falta de jurisprudencia sobre el punto específico. De esta manera, la conformidad de esos derechos de participación con los derechos humanos internacionalmente reconocidos es derivada de una argumentación que podemos definir como indirecta. La sentencia, en efecto, llega a inferir un principio de la ausencia de fallos de las cortes regionales, y de esta ausencia deriva, mediante un

*v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07, 13 May 2008, § 32, nota 39. En esta misma decisión (§ 39 y nota 42), se cita jurisprudencia regional para fundamentar el derecho a la justicia, y se subraya la existencia abundante de sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo. Sobre el derecho a la verdad véase también ICC 01/0401/06, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Situation in Democratic Republic of the Congo*, Observations from the Legal Representatives of the Victims in response to the documents filed by the Prosecution and the Defence in support of their appeals against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009, Chamber of Appeals, 23 de octubre de 2009. La fuerza de la jurisprudencia del Tribunal Europeo también es puesta de manifiesto por las Cámaras especiales para Camboya; véanse *Co-Prosecutors v. Nuon*, Decision on Appeal against Order on Extension of Provisional Detention of Nuon Chea, Case File n.º 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC13), Pre-Trial Chamber, 4 de mayo de 2009, § 47, y la sentencia en el caso *Duch*: Trial Chamber, *Co-Prosecutors v. Kaing Guek Eav ("Duch")*, Judgement, Case File/Dossier 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 de julio de 2010, § 498, en lo que concierne a la definición de crímenes contra la humanidad y el derecho de defensa (§ 498). La CPI utiliza la jurisprudencia regional respecto del derecho sustantivo, pero sobre todo en relación con el derecho procesal. No siempre el uso de la jurisprudencia regional es riguroso. Por ejemplo, respecto de los estándares de prueba, la CPI cita muchas decisiones de las Cortes regionales que parecieran apoyar un mismo estándar, pero si se analiza más profundamente esta jurisprudencia se descubre que realmente no se está refiriendo a los mismos estándares.*

razonamiento que no nos parece correcto, la compatibilidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

4.3. El artículo 21, párrafo 3, del Estatuto: ¿de norma limitadora a norma peligrosa?

Otra decisión que nos permite reflexionar sobre la formulación y la posible utilización del artículo 21, párrafo 3, es la adoptada por la Sala de Cuestiones Preliminares III, en la persona del juez Hans-Peter Kaul.³⁹

Sin que podamos detenernos aquí a analizar la decisión en su conjunto, queremos solamente poner de manifiesto un aspecto que adquiere relevancia particular para nuestra reflexión. Específicamente, el juez Kaul admite que una persona fallecida puede ser víctima ante la CPI en ciertas condiciones: primero, si era una persona natural al momento del delito (artículo 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba); segundo, si su muerte fue provocada por un crimen de competencia de la CPI; por último, si su heredero ha efectuado una presentación escrita en nombre del fallecido (párrafos 39-52).

Además, el juez Kaul establece que los derechos de la víctima fallecida (de participación en el procedimiento) pueden ser ejercidos por su heredero. El caso sería asimilable al de la acción interpuesta en nombre de la víctima cuando esta sea un menor o un discapacitado, o bien brinde su consentimiento, según la regla 89.3 de las *Rules*, pero no encuentra respaldo normativo en esa disposición, sino en el artículo 21, párrafo 3, del ECPI. Ello significa que tal participación tiene que ser admitida de manera compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos y (tal como literalmente surge de la decisión) con la jurisprudencia correspondiente. Según el juez, de acuerdo con estas fuentes resulta “evidente” (*self-evident*) que la víctima no deja de ser tal a causa de su fallecimiento (§ 40).

En este caso, el párrafo 3 del artículo 21 es utilizado por el juez para introducir como argumentos jurídicos algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de las víctimas a la reparación. De acuerdo con estas sentencias (*Aloeboetoe et al. contra Surinam* y *Garrido y Baigorria contra Argentina*), el derecho a la reparación, en caso de muerte de la víctima directa, se transmite a sus herederos, y se une al derecho a la reparación del que gozan estos por derecho propio, ante los daños padecidos por la muerte de su ser querido. El juez reconoce que las sentencias citadas se ocupan del derecho a la reparación, pero opina que sus conclusiones pueden

³⁹ ICC-01/05-01/08-320, PTC III, “Fourth Decision on Victims’ Participation”, 12 de diciembre de 2008.

EMANUELA FRONZA

ser extendidas a los derechos de participación, que son instrumentales, *inter alia*, para la obtención de una reparación.

El juez llega a la conclusión de que la persona fallecida es víctima ante la CPI y que sus derechos de participación pueden ser ejercidos por su heredero, siempre y cuando este sea a su vez una víctima que goza de derechos de participación.

Si bien nuestro análisis está centrado en el artículo 21, párrafo 3, aquí utilizado como norma interpretativa para admitir la participación de víctimas fallecidas y afirmar su compatibilidad con los estándares de derechos humanos internacionalmente reconocidos, podemos decir que, en principio, esta condición del heredero existe siempre, porque la muerte de un ser querido le provoca de por sí un daño.⁴⁰ Ahora bien, ¿qué es lo que gana el juez al reconocerle al fallecido el estatus de víctima? ¿No es suficiente reconocérselo a su heredero por derecho propio (a causa del daño provocado por la muerte de un ser querido) y por ende otorgarle directamente a él los derechos de participación?

Más allá de estas consideraciones sobre el concepto de víctima, la decisión nos parece ilustrativa de cómo el artículo 21, párrafo 3, puede ser utilizado para ampliar conceptos o derechos del ECPI, y de esta manera demuestra también su lado oscuro, sus potencialidades peligrosas, si se tiene en cuenta, además, que muchos de esos conceptos están formulados de manera tan amplia que permiten el ingreso de otros principios o derechos.

La manera de actuar de los jueces demuestra los riesgos implícitos en llenar silencios (o lagunas) del ECPI, a costa de subvertir los derechos protegidos y afirmados en él. Ninguna importación es sin costos para la estructura del sistema de la CPI. De hecho, mientras que el artículo 21, párrafo 3, en las intenciones de los redactores tenía la finalidad de limitar a la CPI, si es utilizado como en esta decisión puede, a la inversa, convertirse en un vehículo para ampliar e introducir nuevos derechos (en este caso a favor de las víctimas).

4.4. El artículo 21, párrafo 3, como norma que no permite crear nuevos derechos

En esta decisión sobre el derecho de las víctimas a participar en la investigación de los crímenes en sus lugares de comisión y a impulsar las actuaciones

⁴⁰ Tal vez sea por ello que el juez establece ciertas condiciones de carácter formal (véanse § 48-51): 1) el heredero debe dejar claro si actúa por su cuenta o en nombre del fallecido; 2) debe brindar suficiente información acerca de la identidad propia y del fallecido y de la relación entre ellos; 3) debe efectuar una presentación por escrito a ese respecto. Sobre este aspecto específico, véase Kiss-Olásolo: o. cit., pp. 5-7.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

que deriven de esa investigación, la CPI analiza un aspecto relevante para nuestra reflexión, a partir de una laguna del derecho detectada por el fiscal: el ECPI no prevé expresamente un mecanismo para examinar las decisiones que rechazan la posibilidad de apelar una resolución (y no solamente una sentencia). El fiscal sostiene que para colmar esta laguna hay que aplicar el artículo 21, párrafo 1, letra c, del ECPI, y buscar la existencia de tal regla en los ordenamientos nacionales.

La CPI rechaza su planteamiento porque de los ordenamientos citados no se puede inferir la existencia de un principio unívoco al respecto, sino que, por el contrario, existen sistemas nacionales importantes que no lo prevén. La inexistencia de este mecanismo no infringe los derechos humanos internacionalmente reconocidos, porque no se trata de un derecho humano fundamental (§ 38).

Por lo tanto, la CPI concluye en que no existiría la laguna señalada por el fiscal, ya que el ECPI define exhaustivamente el derecho a apelar las decisiones de primera instancia, lo que es confirmado por los trabajos preparatorios y conforme con la interpretación sistemática de la norma (§ 39).

Ante la inexistencia de la laguna en el caso concreto, el artículo 21, párrafo 1, letra c, no es aplicable al presente caso.

Aunque los jueces no establezcan una regla general, nos parece interesante preguntarnos si esta visión puede extenderse al artículo 21, párrafo 3. Una laguna en el derecho existe cuando cierta cuestión jurídica no tiene una solución en el sistema normativo. Al analizar si el sistema jurídico preveía una solución para la cuestión jurídica de la impugnación contra la decisión que rechaza la posibilidad de apelar, la fiscalía observa al “derecho” como a una noción general (§ 21 de la decisión 168) que se refiere a “*the applicable law in a wide spectrum of judicial action*”. La Sala, en cambio, tiene una aproximación completamente ceñida a la ley (artículo 82 del ECPI) y a su texto, por lo que puede concluir que no había lagunas. Así, la CPI ha sentado una regla acerca de cómo se compone el sistema jurídico para evaluar si hay lagunas. Del mismo modo, es posible afirmar que debe mirarse a la ley y a su texto para determinar el alcance de lo que genuinamente se puede considerar interpretación.

La decisión examinada, por lo tanto, podría ayudar a determinar cómo operaría un límite al rendimiento que pueden tener los derechos humanos reconocidos internacionalmente: ellos solo pueden guiarnos en la interpretación de la ley y del derecho en ese sentido restrictivo. Esta categoría de derechos humanos internacionalmente

EMANUELA FRONZA

reconocidos (aún de difícil reconstrucción) no sirve para crear derechos nuevos, ni para el imputado ni para las víctimas, sino para interpretar los derechos que ya están previstos en el ECPI y las Reglas.

5. Conclusiones

La norma estudiada impone a los jueces, por un lado, una obligación de interpretación y aplicación compatible con los derechos humanos y, por el otro, un estándar más bajo que el previsto en el párrafo 1 del artículo 21, el que exige brindar la prueba de la vigencia de una norma aplicable y no solamente la de su compatibilidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

El artículo 21, párrafo 3, introduce un estándar diferente y menos elevado, y también es susceptible de ser utilizado como vehículo de desformalización del derecho aplicable.

En realidad, si la CPI actuara de manera rigurosa y respetando lo establecido en el artículo 21, párrafo 1, letras *a*, *b* y *c*, no sería necesario recurrir al párrafo 3 del artículo 21, mucho menos en casos raros. Y en estos casos sería importante, de todas formas, garantizar un respeto riguroso de aquella disposición, debido a que no existe un control externo sobre la actuación de la CPI.⁴¹

Por último, quedan abiertas algunas cuestiones que parece oportuno mencionar.

Primero, podemos preguntarnos si el párrafo 3 podrá servir como norma para otorgar nuevos poderes (implícitos) a la CPI.⁴²

En segundo lugar, nos parece crucial la cuestión, ya mencionada, sobre el perímetro de la expresión muy vaga *derechos humanos internacionalmente reconocidos*. ¿Derechos humanos internacionalmente reconocidos por quién? Existen, como ya hemos visto, varios vehículos de reconocimiento. Lo que se puede esperar es que

⁴¹ Sheppard: o. cit., p. 44.

⁴² Entre otras *decisions* relevantes a este respecto, podemos mencionar *Prosecutor v. Lubanga Dyilo (Situation in the Democratic Republic of the Congo)*, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to Article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006, Case ICC-01/04-01/06 (OA4), 14 de diciembre de 2006, § 37. Cf. también *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui (Situation in the Democratic Republic of the Congo)*, Judgment in the Appeal by Mathieu Ngudjolo Chui of 27 March 2008 against the Decision of Pre-Trial Chamber I on the Application of the Appellant for Interim Release, Case ICC-01/04-01/07 OA 4, Appeals Chamber, 9 de junio de 2008, § 15. Analiza este problema mediante el examen de la jurisprudencia de la CPI y de los Tribunales *ad hoc*, Gradoni: o. cit.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

la CPI haga un esfuerzo para brindar, mediante su jurisprudencia, los criterios que sirvan de guía a los jueces en esta operación de identificar los límites y el contenido de esos derechos.

Finalmente, aún más importante parece el respeto de la CPI por el espíritu originario y la verdadera función del artículo 21, párrafo 3, del ECPI. Por lo tanto, la CPI se tendrá que esforzar para que las soluciones a las que llegue mediante interpretación y aplicación de las fuentes del artículo 21 no sean contrarias a los estándares internacionales, y que al pronunciar sus decisiones se preocupe por realizar este ejercicio y no, en cambio, por recurrir al artículo 21, párrafo 3, con otras finalidades, como por ejemplo la de convalidar *ex post* una solución adoptada respecto de una cuestión novedosa o muy delicada.