

**RECENSIÓN DE: AMBOS, KAI (ED.), *ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY, 4TH ED., BECK-NOMOS-HART, 2022***

Elena Maculan

Profesora Titular

Departamento de Derecho penal y Criminología, UNED

A distancia de apenas seis años de la publicación, en esta misma Revista, de mi recensión a la 3ª edición del *Commentary* dirigido por Kai Ambos<sup>1</sup>, me encuentro hoy en la situación muy grata de presentar una recensión a su 4ª edición. El texto objeto del comentario, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), sigue siendo esencialmente el mismo, ya que la última y hasta ahora única Conferencia de revisión del Estatuto tuvo lugar en Kampala en 2010. Sin embargo, este lapso de tiempo relativamente corto ha traído numerosas novedades relevantes en el sistema de la Corte Penal Internacional (CPI): a nivel normativo (la activación de la jurisdicción de la CPI sobre el crimen de agresión el 17 de julio de 2018; la introducción, en 2017 y 2019, de nuevas conductas constitutivas de crímenes de guerra; varias enmiendas en las Reglas de Procedimiento y Prueba; algunas modificaciones en el Manual de práctica de las Salas), a nivel jurisprudencial (se han abierto nuevas investigaciones, cerrado otras, iniciado nuevos juicios, dictado seis sentencias y numerosísimas decisiones), y estructural. Entre estas últimas, cabe destacar la reciente toma de posesión del nuevo Fiscal de la CPI, Kharim Khan, la creación de la *International Criminal Court Bar Association* (Colegio de Abogados que ejercen ante la CPI) en julio de 2016, y la revisión, en 2019, de la actividad de la CPI por parte de un Panel de Expertos In-

---

<sup>1</sup> E. MACULAN, "Recensión de Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, dirigido por Otto Triffterer y Kai Ambos, 3rd ed., C.H.Beck-Hart-Nomos, 2016", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 15, 2016, pp. 305-316, disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24485/19334> (acceso el 9.12.2021).

dependientes a instancia de la Asamblea de Estados Parte, seguida por la creación de un mecanismo para monitorizar el cumplimiento de las recomendaciones formuladas en su informe de cara a mejorar la eficiencia y efectividad de la Corte<sup>2</sup>.

El Prof. Kai Ambos, que ha heredado la difícil pero imprescindible tarea de dirección de esta obra de su predecesor, el Prof. Otto von Triffterer, ha considerado por ello, con buen criterio, que era necesario actualizar este Comentario a la luz de la evolución más reciente en la materia. Además, ha tomado la decisión, muy acertada, de añadir al final del volumen una tabla de casos<sup>3</sup>, tanto de la CPI como de otros tribunales internacionales e internos, a los que se hace referencia en las distintas aportaciones, ofreciendo así un listado, de los más completos, de la jurisprudencia relevante en este ámbito.

Y es que este Comentario se ha convertido en un instrumento de referencia para cualquiera que se dedique al estudio de la CPI y, más en general, del Derecho penal internacional (DPI), así como para los prácticos que trabajan en esta área.

La estructura de la obra respeta el articulado del propio ECPI, por lo que está dividida en 128 artículos, agrupados en 13 Partes, y ofrece una uniformidad en la organización de los contenidos que sorprende, si se tiene en cuenta el gran número de autores y la diversidad de sus perfiles. De hecho, se cuentan 79 autores, algunos ya presentes en las anteriores ediciones y otros de nueva incorporación, algunos con una larga trayectoria en la investigación sobre el DPI y otros más *junior*, pero no por ello menos rigurosos en su aportación y, por último, algunos con un perfil marcadamente académico y otros con uno más bien práctico, al desempeñar o haber desempeñado cargos y funciones en la propia CPI o en otras organizaciones relacionadas con su actividad.

En su conjunto, es una obra monumental, que une a la calidad excelente de las aportaciones de cada autor un trabajo minucioso y muy logrado de coordinación y armonización por parte del director.

Al no ser posible resumir en estas pocas líneas el contenido de sus más de 3000 páginas, voy a destacar simplemente cuatro cuestiones o aportaciones que me parecen más novedosas o interesantes y que reflejan la rápida y fascinante evolución de la materia.

En primer lugar, el comentario al artículo 17 ECPI, sobre cuestiones de admisibilidad, redactado por El Zeidy y Schabas, ofrece un análisis completo, actualizado y crítico de las muchas cuestiones que han ido sur-

---

<sup>2</sup> Las Introducciones a esta 4ª edición de la obra, redactadas por P. HOFMANSKI (presidente de la CPI), O-GON KWON (presidente de la Asamblea de Estados parte), B. SCHMITT (juez de la Corte) y K. KHAN (fiscal de la CPI), describen estas novedades.

<sup>3</sup> A p. 2931 y ss. de la obra que se comenta.

giendo en relación con el principio de complementariedad, la competencia de la Corte y las múltiples aristas de la admisibilidad de los casos. La jurisprudencia de estos años ha sido especialmente densa en novedades a este respecto, y ha ido marcando conceptos e hitos que contribuyen de manera considerable a fijar la posición de la Corte en relación con cuestiones especialmente delicadas o controvertidas. Para mencionar un ejemplo, la Sala de Apelaciones, en una decisión de febrero de 2020 en el caso *Al Hassan* ha ofrecido finalmente unas indicaciones para realizar el test de gravedad de un caso (tras haber rechazado una propuesta interpretativa anteriormente formulada por la SCP I, sin ofrecer una alternativa), destacando que hay que combinar criterios cuantitativos y cualitativos y, de todas formas, realizar un análisis caso por caso<sup>4</sup>.

No obstante, también se puede apreciar, en esta jurisprudencia, la existencia de diferentes interpretaciones acerca de aspectos específicos y más complejos. Así, por ejemplo, en *Yekatom y otros*, la Sala de Primera Instancia (SPI) ha rechazado la propuesta de la defensa de una “aproximación secuencial”, que concediera a las autoridades nacionales más tiempo para emprender las investigaciones de los hechos, en línea con el concepto de complementariedad positiva por el que ha apostado hasta ahora la Fiscalía<sup>5</sup>.

De manera similar, la investigación sobre el incidente de la “flotilla de Gaza” ha dado lugar a un desencuentro entre la Fiscalía y las Salas de la Corte sobre los criterios para valorar si una situación cumple con el requisito de “gravedad suficiente” marcado por el art. 17 ECPI. La decisión inicial de la anterior fiscal de no seguir adelante porque los hechos no alcanzaban ese umbral de gravedad había sido cuestionada por la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) I, que le había pedido reconsiderarla; sin embargo, la fiscal confirmó su decisión en vía definitiva en 2017. Pero una nueva solicitud de revisión enviada por el Gobierno de las Islas Comoras (que había remitido la situación inicialmente) llevó a la misma SCP, ahora compuesta por jueces diferentes, a reabrir la cuestión, centrada esta vez en el margen de discrecionalidad del que goza el/la fiscal para rechazar las decisiones de las SCP. La nueva decisión de la SCP, en 2018, ha concluido en el mismo sentido que la anterior, pidiendo a la entonces fiscal reconsiderar su decisión de no abrir una investigación, y ha sido confirmada por la Sala de Apelaciones en 2019, incidiendo en el deber de la fiscal de acatar la decisión de revisión dictada por la SCP. Esta experiencia muestra claramente “el carácter relativo y la dimensión a menudo subjetiva” de la valoración de la *gravedad*<sup>6</sup>, así como la dificultad en marcar un perímetro definido para la discrecionalidad de la que goza la Fiscalía en este tipo de situaciones.

<sup>4</sup> SCHABAS Y EL ZEIDY, “Article 17”, en la obra que se comenta, pp. 986-7.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 965.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 991.

Las discrepancias interpretativas se manifiestan también entre las distintas Salas de la Corte: por ejemplo, una reciente decisión de la Sala de Apelaciones en la situación de Afganistán parece revertir la que hasta ahora era una interpretación consolidada, según la cual las SCP tienen un papel de supervisión sobre las decisiones que la Fiscalía adopte en relación con la admisibilidad en el marco del procedimiento preliminar regulado en el art. 15 ECPI (investigaciones *propio motu*)<sup>7</sup>. Asimismo, la Sala de Apelaciones ha rechazado expresamente el criterio adoptado por la SCP I, según el cual el requisito de gravedad implica excluir automáticamente de la investigación a los perpetradores de nivel más bajo en la estructura criminal, considerando que esta interpretación perjudicaría la función preventiva y disuasoria de la Corte<sup>8</sup>. La Sala de Apelaciones considera, en cambio, que para determinar si un caso alcanza la suficiente gravedad, es necesario considerar, además del cargo o posición ocupado por el acusado, también otros factores, como el rol concretamente desempeñado en la comisión de los crímenes, lo que puede llevar a incluir en el procedimiento ante la CPI también a criminales de rango bajo.

El comentario incide, además, en dos cuestiones especialmente complejas y de gran actualidad, sobre las cuales no es posible detectar una postura clara en la Corte: por un lado, la validez, a efectos de considerar un caso inadmisibile ante la Corte, de investigaciones llevadas a cabo no por “el Estado que tiene jurisdicción”, como establece literalmente el art. 17, sino por entidades cuyo estatus es objeto de contestación, pero que tienen control sobre un territorio y la capacidad de ejercer su jurisdicción, como es el caso de Taiwán, o por territorios disputados, como Kosovo y Osetia del Sur. En una decisión de 2018 en el caso *Al Werfalli*, la SCP I ha considerado como válidas las investigaciones abiertas por una entidad no estatal, pero, como reseñan los autores del comentario, una decisión aislada de una SCP no es suficiente para definir el criterio interpretativo consolidado en la Corte al respecto<sup>9</sup>, más aún si consideramos el largo historial de diferencias interpretativas que han surgido en la jurisprudencia de la Corte.

Por otro lado, queda por definir la postura de la Corte acerca de la admisibilidad, de cara a evitar la activación de su jurisdicción, de los métodos alternativos de establecimiento de responsabilidad que puedan aplicarse en los ordenamientos nacionales, especialmente en contextos transicionales. La cuestión es especialmente compleja y enlaza con la debatida validez de las amnistías, de los indultos y de mecanismos como las Comisiones de la verdad como alternativas a la persecución penal. Ante la ausencia de una regulación expresa en el Estatuto, la CPI ha sido muy prudente al respecto: en este sentido, la Sala de Apelaciones, en una

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 964.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 984-8.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 959.

decisión en el caso *Saif Gaddafi* en 2020, ha preferido no pronunciarse expresamente sobre la validez de las amnistías, reconociendo que el Derecho internacional está todavía en desarrollo sobre el punto, y ofreciendo de esta manera una interpretación más prudente que la SCP en el mismo caso, que había hablado de una tendencia universal creciente a rechazar las amnistías que cubren crímenes internacionales<sup>10</sup>. En este caso se trata de un debate que trasciende el sistema de la CPI y que sigue dividiendo los organismos internacionales y los expertos en la materia, sin que sea posible identificar un acuerdo mínimo, más allá, quizás, de la inadmisibilidad de las amnistías absolutas e incondicionadas y de las auto-amnistías.

Una segunda novedad de gran calado es la activación de la jurisdicción de la CPI sobre el crimen de agresión, ocurrida el 17 de julio de 2018, en una fecha simbólicamente importante, por coincidir con los veinte años desde la aprobación del Estatuto en la Conferencia de Roma. Los comentarios a los artículos 8 *bis*, 15 *bis* y 15 *ter*, redactados los tres por Zimmermann y Freiburg-Braun, describen con detalle no solamente el largo y complicado proceso que llevó a la adopción, en Kampala, de estas enmiendas al Estatuto, sino también las varias cuestiones controvertidas que esta regulación todavía plantea, como, por ejemplo, la posible aplicación de la figura a actos de agresión llevados a cabo por actores privados (siempre que puedan ser atribuidos a un Estado)<sup>11</sup> y la posibilidad de considerar como violaciones manifiestas de la Carta de Naciones Unidas (a efectos de identificar un acto de agresión) casos que se ubican en la “zona gris”, como la legítima defensa preventiva, la legítima defensa contra actores no estatales y la intervención humanitaria o bajo el principio de responsabilidad de proteger<sup>12</sup>.

En tercer lugar, desde la anterior edición del comentario se ha producido la primera aplicación de la responsabilidad del superior regulada por el art. 28 ECPI, modalidad por la que en marzo de 2016 fue condenado en primera instancia Jean Pierre Bemba Gombo, posteriormente absuelto en la sentencia de apelación de junio de 2018 por considerar, la mayoría de la Sala, que no se le podía acusar de no haber tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir y reprimir los crímenes cometidos por sus subordinados.

La sentencia de primera instancia desarrolla un test en seis partes para determinar la concurrencia de esta forma de responsabilidad, en particular en la modalidad de responsabilidad del superior militar (aplicable a Bemba), indicando que hay que verificar: 1. Si las fuerzas han cometido crímenes internacionales; 2. Que el acusado era un comandante

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 977.

<sup>11</sup> ZIMMERMANN Y FREIBURG-BRAUN, “Artículo 8 *bis*”, en la obra comentada, p. 712.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 706-711.

militar o una persona que actuaba efectivamente como tal; 3. Que el acusado tenía el mando y control efectivo, o una autoridad y control efectivo, sobre las fuerzas que cometieron los crímenes; 4. Que el acusado sabía o, a la luz de las circunstancias en ese entonces, hubiera debido saber que las fuerzas estaban cometiendo o a punto de cometer esos crímenes; 5. Que el acusado había omitido tomar todas las medidas necesarias y razonables en su poder para prevenir o reprimir la comisión de esos crímenes o para someter la cuestión a las autoridades competentes para que la investigaran y persiguieran penalmente; y 6. Los crímenes cometidos por las fuerzas han sido el resultado de la omisión, por parte del acusado, de ejercer el control adecuado sobre ellos<sup>13</sup>. Tal y como destaca el comentario de Arnold y Jackson al art. 28 ECPI, este test recupera en buena medida criterios que había elaborado la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, pero los articula de manera parcialmente diferente y más detallada, destacando, entre otras cosas, el requisito de que el control del superior se manifieste en el contexto de una relación de subordinación o cadena de mando que debía existir previamente a la comisión de los hechos<sup>14</sup>.

El comentario ahonda en la debatida cuestión de la naturaleza de esta figura, dependiendo de si se exige que haya un nexo de causalidad entre la omisión del superior y la comisión de los crímenes: se trata de un aspecto que sigue dividiendo tanto a la doctrina, como a los propios jueces de la CPI. En la decisión de confirmación de cargos, en la sentencia de primera instancia y en la sentencia de apelación en el caso *Bemba*, así como en las opiniones separadas adjuntas a esas decisiones, se pueden identificar cuatro interpretaciones posibles del requisito literal “como resultado de su omisión de ejercer el control” previsto en el art. 28 ECPI, que proponen: la negación de la necesidad de probar la relación de causalidad *in toto*, su necesaria concurrencia solamente en relación con el deber de prevenir, la referencia de esa relación causal a la comisión de otros crímenes en el futuro y la separación conceptual entre un deber general de ejercer el control y deberes específicos de prevención, represión y denuncia<sup>15</sup>. Los autores del comentario, tras destacar las ventajas y desventajas de cada una de ellas, sugieren (aunque con un tono algo dubitativo) que la interpretación más coherente sería la primera, que llevaría a concebir la figura regulada en el art. 28 ECPI como un delito de omisión pura<sup>16</sup>; sin embargo, esta opción tampoco está exenta de críticas (como los propios autores reconocen), y de hecho es expresamente rechazada por algunos jueces de la CPI y por numerosos autores, que califican esta figura como una forma de responsabilidad en comisión por omisión

<sup>13</sup> ICC, *Bemba*, TC, Judgment, 21.3.2016, párr. 170.

<sup>14</sup> ARNOLD Y JACKSON, “Article 28”, en la obra comentada, p. 1290.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 1299-1301.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 1302-1305.

especialmente regulada<sup>17</sup>. El hecho de que las cuatro posturas hayan sido defendidas en distintos pronunciamientos de la CPI y por diferentes jueces muestra la complejidad del tema y la dificultad en consolidar un entendimiento común al respecto.

En cuarto lugar, la obra recoge la evolución que ha tenido en estos últimos años la reparación a las víctimas, de acuerdo con el art. 75 ECPI y con las Reglas 94-99 RPP. La Corte, que se ha ocupado del tema en los casos *Lubanga*, *Katanga* y *Al Mahdi*, ha formulado unos principios sobre reparación que posteriormente ha aplicado en las órdenes de reparación dictadas contra esos tres condenados. Como describe Donat Cattin en su comentario al art. 75 ECPI, entre las pautas marcadas por la Corte está la admisibilidad de medidas de reparación individual o colectiva, así como la necesaria prudencia en relación con esta última modalidad, que se permite solo si las víctimas perciben haber sufrido un daño común o compartido<sup>18</sup>. Asimismo, la jurisprudencia ha elaborado criterios para la selección de las víctimas beneficiarias de la reparación (tarea que encomienda al Fondo Fiduciario para Víctimas)<sup>19</sup> y hecho hincapié en la necesidad de cooperación y apoyo logístico por parte del Gobierno nacional directamente afectado para ejecutar proyectos amplios de reparación, como en el caso *Al Mahdi*<sup>20</sup>.

Estos cuatro ejemplos ofrecen en mi opinión una buena muestra de algunas tendencias en la actividad de la CPI y permiten, al mismo tiempo, realizar consideraciones de carácter general sobre la evolución del Derecho penal internacional. En este sentido, se puede apreciar la gran labor realizada por la Corte para desarrollar y aclarar conceptos y fijar criterios y pautas para garantizar una correcta aplicación de las disposiciones estatutarias. La multiplicación de los procedimientos y de las decisiones en distintas fases procesales en estos últimos años ha contribuido a avances muy significativos en la materia.

Sin embargo, los ejemplos mencionados muestran también la permanencia de divisiones internas y hasta de cierta incoherencia en la jurisprudencia de la Corte, a la hora de tomar postura acerca de cuestiones cruciales tanto de Derecho penal sustantivo, como de carácter procesal y, como no, sobre cuestiones que conllevan implicaciones políticas. Esto puede deberse a la especial complejidad de determinados temas, junto con el carácter todavía “joven” del Estatuto y con la necesidad natural de tiempo para su desarrollo interpretativo, pero quizás, también, a la pluralidad y diferencia de perfiles de los magistrados (y fiscal) de la CPI, que reflejan las especificidades de los ordenamientos de los que proceden

---

<sup>17</sup> En España, véase A.M. GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, Cizur Menor: Aranzadi, 2016.

<sup>18</sup> DONAT CATTIN, “Article 75”, en la obra comentada, p. 2247.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 2250-1.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 2255.

y de la *forma mentis* con la que se formaron como juristas. A estos factores se añade, además, la influencia de consideraciones de oportunidad y de carácter más político que técnico, vinculadas a las funciones y a los límites de la Corte en sí, en relación con determinados temas, como, por ejemplo, la aplicación del principio de complementariedad y las decisiones sobre la admisibilidad de un caso.

El Comentario dirigido por Kai Ambos permite detectar todas estas tendencias: los autores de las distintas secciones ofrecen una visión clara, completa y crítica de las normas estatutarias, de su aplicación jurisprudencial, de las implicaciones prácticas de determinadas decisiones y posturas y de las cuestiones que siguen todavía abiertas.

Por último, me atrevo a aventurar que, en futuras ediciones de este Comentario, habrá que prestar más atención, posiblemente, a un aspecto que tradicionalmente se ha considerado bastante marginal, pero que, en mi opinión, está dejando de serlo, a medida que va pasando el tiempo y aumentando el número de sentencias dictadas por la Corte y de condenas en fase de ejecución. Me refiero a las modalidades de ejecución de la pena (en las que, cabe recordar, se aplican las reglas del Estado que se ha elegido para el cumplimiento de condena, bajo supervisión de la CPI, según prevé el art. 103 ECPI) y, especialmente, al procedimiento de revisión de condena que define el art. 110 ECPI. Este procedimiento ha sido aplicado, hasta ahora, cuatro veces: una vez a petición del condenado Katanga, llevando a una reducción de tres años y ocho meses de su condena, dos veces a petición de Lubanga, cuyas peticiones de revisión fueron rechazadas (la última en 2017), y una vez a petición de Al Mahdi, dando lugar a una reducción de dos años sobre su condena a nueve años de prisión<sup>21</sup>. Estos procedimientos confirman, en mi opinión, la naturaleza de la CPI como tribunal penal en todas sus vertientes y, sobre todo, la idea de que su misión no es solamente evitar la impunidad de los responsables de crímenes internacionales, como afirma el Preámbulo de su Estatuto, sino también respetar y promover los estándares del juicio justo en todas sus fases y las garantías de defensa de los acusados y de protección de los condenados. No es una justicia punitivista, que solo busca la condena de los sujetos implicados en la comisión de crímenes atroces, sino que busca, aún con todos sus límites y dificultades, ser un sistema penal garantista y “justo”.

---

<sup>21</sup> Esta última decisión, dictada el 25 de noviembre de 2021, no está incorporada en el Comentario, por ser posterior a su publicación.