

Roundtable Discussion

**Approaching the Review Conference in Kampala:
The International Criminal Court – Achievements and
challenges**

March 12, 2010

**Embassy of the Federal Republic of Germany, Madrid.
Programme Chair: Bettina Ambach**

Informal summary

Fabricio Guariglia, Senior Appeals Counsel, Office of the Prosecutor, ICC, The Hague, The Netherlands.

Investigating international crimes: the strategy of the ICC prosecutor

En 1998, cuando se estaba escribiendo el Estatuto de la Corte, quienes estábamos involucrados en el proceso no sabíamos cómo muchas de esas normas iban a funcionar en la práctica. Había una gran incertidumbre acerca de si aquel mosaico delicado de distintas tradiciones jurídicas, distintos principios del derecho internacional, distintas cuestiones procesales iba a ser un maravilloso Picasso o un monstruo de Frankenstein en su funcionamiento práctico.

Hoy es cierto que no es un Frankenstein. Si se ha logrado un maravilloso mosaico todavía está por probarse. En todo caso, aquellas normas abstractas que nadie sabía si van a funcionar, hoy son el trabajo diario de nuestros jueces. La corte está hoy en pleno movimiento.

La corte opera en una realidad muy distinta a aquella en la que han operado los tribunales penales ad-hoc, que por lo general han funcionado en situaciones post-conflicto armado. La CPI está desarrollando Know how en cómo realizar investigaciones de crímenes de guerra en situaciones de conflicto armado continuo, en situaciones en donde todavía hay partes beligerantes en plena lucha armada, y todo esto en Estados que no logran controlar la totalidad de su territorio. Es un ambiente muy volátil.

Esto genera un enorme desafío en términos de protección de testigos y de víctimas. Y garantizar la adecuada protección de estas personas es algo que la Corte ha hecho suyo como bandera desde el primer día.

En primer lugar la fiscalía ha desarrollado una política de cero-fatalidades en términos de testigos. Esto implica que jamás un oficial de la fiscalía se acercará a una persona sin hacer previamente una evaluación acerca de si interactuar con esta persona la coloca en una situación de riesgo intolerable. Si el riesgo es demasiado alto, la fiscalía renuncia a la prueba y trata de conseguir la misma información en otro lado. Si no se puede desarrollar un sistema de protección de testigos eficiente, entonces se trabaja en otra región. La primera investigación penal por crímenes de lesa humanidad cometidos en Darfur, fue una investigación que desarrolló yendo a un gran número de países distintos, pero no yendo a Darfur porque era imposible hacerlo sin poner en una situación de peligro a los testigos y a las víctimas.

Otro remedio en este sentido es la presentación de casos acotados y de investigaciones muy enfocadas, con el objetivo de minimizar el componente de prueba testifical en los casos. Cuantos menos testigos hay en el estrado, más manejable es el universo de protección que tiene que ofrecer la Corte.

Esto es un desafío para la Corte en conjunto. La fiscalía tiene una parte importante de responsabilidad, la Secretaría y en particular la Unidad de Protección de Víctimas y Testigos tiene una responsabilidad central en el proceso ya que es ella que maneja el programa de protección de testigos. Para resumir, es una preocupación con la cuál la Corte tiene que vivir diariamente. Que nadie sufra por trabajar con, o confiar en la corte es algo que nos importa muchísimo.

¿Cuál es el desafío? Establecer un sistema que sea transparente y realista, nunca hacer promesas irresponsables, y garantizar que los jueces, la secretaría y la fiscalía actúen en forma coordinada aplicando siempre los mismos estándares.

Otra cuestión importante en cuanto al funcionamiento de la Corte es la selección de los casos que llegan a ella. La fiscalía ha desarrollado criterios de selección fundados en dos grandes parámetros: gravedad de los crímenes, por un lado, y responsabilidad de los imputados por el otro. Se concentran los recursos en aquellas personas que están ubicadas en las esferas más altas de la cadena de responsabilidad. La CPI no es una corte creada para perseguir al soldado que le pega al prisionero de guerra, si no una Corte creada para investigar y perseguir penalmente al comandante que manejaba el Centro de detención dónde diariamente se violaban los derechos de los prisioneros de guerra.

Es una Corte creada para perseguir aquellos casos de mayor gravedad y de mayor importancia.

Por supuesto, esto también representa grandes desafíos, incluso en términos de percepción; porque la fiscalía se enfrenta a la compleja tarea de tener que elegir dentro de varios hechos, todos ellos terribles .

Una política de persecución penal basada en perseguir penalmente aquellos casos más graves o aquellos autores más responsables genera también la necesidad de evitar que exista una brecha de impunidad. Esto reclama acción de los Estados Partes, considerados socios en la tarea de erradicar la impunidad.

Una novedad muy importante es el sistema de participación de víctimas, una revolución dentro del universo de los tribunales penales internacionales. La CPI es el primer tribunal penal internacional que admite la participación de víctimas dentro de su procedimiento.

Los dos primeros juicios de la CPI tienen participación activa de víctimas a través de sus representantes jurídicos. Han existido áreas de tensión, de incertidumbre, por ejemplo si las víctimas podrían participar en el ámbito de una investigación llevada adelante por el fiscal, cosa que quedó finalmente descartada; había cuestiones acerca de las facultades de las víctimas de proponer pruebas, facultad que ha sido debatida y que se ha admitido en casos limitados. La experiencia práctica demuestra, en todo caso, que puede haber participación de víctimas en procesos internacionales sin que el sistema colapse. Solamente hace falta responsabilidad y buen manejo del caso por parte del tribunal.

Para concluir se puede decir que la Corte ha cubierto bastante terreno a esta altura del partido, se ha ganado mucha experiencia. El desafío es seguir edificando sobre la base de la experiencia ganada, optimizar los procesos, mejorar la dinámica interna y lograr convertir la Corte en un modelo para la adjudicación de responsabilidad penal internacional en el siglo 21.

Arrest and surrender being the Achilles heel of international criminal justice

In the event that the Pre-Trial Chamber allows Prosecutor Ocampo to go ahead with an investigation into Kenya's post-election violence and in the event warrants of arrest be issued, it is expected that the Kenyan authorities will arrest the people named in the warrants. That is the duty of a State Party when furnished with a request for assistance coming from the Court and more so in the context of a warrant of arrest. So there is an expectation that the warrants of arrest will be complied with and if not, there is a mechanism enshrined in the Statute that is predicated on the possibility of a finding of non-compliance coming from a Chamber of the Court, that in turn goes to the Assembly of States Parties which becomes the forum where measures are taken to ensure that compliance does take place. This is the system of the Rome Statute.

Before thinking about other solutions – like strengthening the investigation teams through support units or strengthening the Court's mandate all together – it would be good to give this system a chance to work. So far the Court did not have a situation where it got to the point of a finding of non-compliance going to the Assembly of States Parties. If it happens, one will see how the ASP deals with it.

Nevertheless it is clear that arrest and surrender is the Achilles heel of international criminal justice. But saying that international criminal justice relies on the good will of States and if there is no good will, international criminal justice is doomed – that is fatalism which does not help.

The pace of arrest and surrender in international criminal justice is drastically different from the one in a domestic jurisdiction. Experience from the Ad-Hoc tribunal for Yugoslavia shows that arrest warrants are eventually effective, but the speed is different because it relies on a completely different network and procedure. There are some enforcement mechanisms, but you need to work with the States, with agencies within the State, with international agencies who sometimes do not want to put their people at risk for complying with warrants of arrest. The Yugoslavia Tribunal needed a long while to persuade the international peace force acting in the former Yugoslavia that as part of their mandate they should act as the police force of the ICTY and execute its warrants of arrest. When that process finally took place, the arrest of indictees proceeded quite swiftly.

Perhaps it would be a fruitful exercise for the Assembly of States Parties and the Court to engage in discussions on how to optimize the arrest mechanism in the context of the ICC system.

Did the Office of the Prosecutor apply uneven treatment of different groups in the case of Uganda?

The Office of the Prosecutor (OTP) has limited resources. It has operated on the basis of a sequential approach which means it dealt with one group first, which can be the group which committed the gravest crimes. The Office will move resources around because it cannot have one investigation team per cluster of crimes per situation.

In the case of Uganda, the OTP decided to start with the crimes committed by the Lord's Resistance Army which are the gravest ones in terms of the number of victims. It said at the same time that it would continue to monitor other crimes, having made clear earlier that the Office would not accept a "one side referral". No one has closed the Uganda dossier yet.

There will always be frustration at the pace the OTP is moving, but people will have to get used to it, because the Court cannot prosecute all groups in all situations at the same time. It is a matter of how the Court manages its limited resources and it is not an issue of improper selectivity.