

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA
FACULTAD DE DERECHO CULIACÁN
UNIDAD DE ESTUDIO DE POSGRADO
DOCTORADO EN CIENCIAS DEL DERECHO**



**UN NUEVO ROL PARA EL FISCAL DE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL VIS-À-VIS LAS POTESTADES DEL CONSEJO
DE SEGURIDAD ESTABLECIDAS EN EL ESTATUTO DE ROMA**

TESIS
QUE COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTORA EN CIENCIAS DEL DERECHO

PRESENTA
MTRA. ALMA CORINA BORJAS MONROY

DIRECTOR DE TESIS:
DR. JESÚS MANUEL NIEBLA ZATARAIN

CULIACÁN ROSALES, SINALOA

NOVIEMBRE DE 2022



Dirección General de Bibliotecas
Ciudad Universitaria
Av. de las Américas y Blvd. Universitarios
C. P. 80010 Culiacán, Sinaloa, México.
Tel. (667) 713 78 32 y 712 50 57
dgbuas@uas.edu.mx

UAS-Dirección General de Bibliotecas

Repositorio Institucional Buelna

Restricciones de uso

Todo el material contenido en la presente tesis está protegido por la Ley Federal de Derechos de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

Queda prohibido la reproducción parcial o total de esta tesis. El uso de imágenes, tablas, gráficas, texto y demás material que sea objeto de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente correctamente mencionando al o los autores del presente estudio empírico. Cualquier uso distinto, como el lucro, reproducción, edición o modificación sin autorización expresa de quienes gozan de la propiedad intelectual, será perseguido y sancionado por el Instituto Nacional de Derechos de Autor.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial
Compartir Igual, 4.0 Internacional



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

EL PAPEL OTORGADO AL CONSEJO DE SEGURIDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA

I. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	13
1. Definición.....	13
2. Naturaleza.....	14
3. Estructura.....	16
4. Procedimiento.....	19
II. POTESTAD DE SUSPENSIÓN DE UNA INVESTIGACIÓN O ENJUICIAMIENTO.....	21
1. Contenido y requisitos para su ejercicio.....	21
2. Posibilidad de revisión judicial por la CPI de las solicitudes del Consejo de suspender una investigación o un juicio.....	22
III. LA POTESTAD DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE REMISIÓN DE SITUACIONES SIN NEXO JURISDICCIONAL CON LA CORTE.....	34
1. Contenido y requisitos para su ejercicio.....	35
2. Antecedentes de la potestad de remisión: la intervención judicial internacional.....	38
3. Fundamento de la potestad de remisión de situaciones sin nexo jurisdiccional con la CPI.....	41
IV. EL PAPEL DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN.....	44
1. La definición y activación del crimen de agresión.....	46
2. El papel del Consejo de Seguridad en materia de agresión en la Corte.....	48

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PRÁCTICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN EL EJERCICIO DE SUS POTESTADES

I. LA POTESTAD DE SUSPENSION EN LA PRÁCTICA.....	54
1. (Ab)uso del poder de suspensión: CS Res. 1422 (2002) y 1487 (2003).....	54
2. Inmunidad selectiva: la exclusión de los miembros de misiones de paz de estados no partes del Estatuto de Roma.....	60
3. Solicitudes de suspensión: Darfur, Uganda y Kenya.....	69
II. LA POTESTAD DE REMISIÓN: CASOS DE SUDÁN Y LIBIA.....	72
1. Estudio de la situación en Darfur: remisión, casos e impacto.....	73
2. Estudio de la situación en Libia: remisión, casos e impacto.....	89
III. COOPERACIÓN DE TERCEROS ESTADOS CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	103
1. La cooperación en el caso de Sudán.....	105
2. La cooperación en el caso de Libia.....	112
3. La fuente de la obligación de cooperación de terceros Estados.....	116

CAPÍTULO TERCERO

LA FISCALÍA: CONFIGURACIÓN, FUNCIONES ACTUALES Y ANÁLISIS DE SU ACTIVIDAD

I. LA FISCALÍA: CONFIGURACIÓN Y FUNCIONES	120
1. Estructura de la Fiscalía	120
2. El examen preliminar.....	124
3. Deberes y facultades del Fiscal con respecto a las investigaciones	128
4. Apertura de casos y enjuiciamientos.....	135
II. ANÁLISIS CUANTITATIVO DE LA ACTIVIDAD DE LA FISCALÍA	137
1. Planteamiento de la Investigación	137
1.1. Planteamiento del problema	137
1.2. Importancia y justificación.....	139
1.3. Delimitación	140
1.4. Objetivos.....	141
1.4.1. Objetivo General	141
1.4.2. Objetivos específicos	141
2. Investigación Empírica	141

2.1. Hipótesis	141
2.2. Diseño de Investigación	141
3. Resultados	142
III. DISCUSIONES	160
IV. CONCLUSIONES.....	170

CAPÍTULO CUARTO

FUNDAMENTO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DE UN NUEVO ROL POR PARTE DEL FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

I- JUSTICIA GLOBAL: ¿LA JUSTICIA SINÓNIMO DE PERSECUCIÓN PENAL?.....	172
1. El significado de la justicia global.....	173
2. Objetivos de la justicia penal internacional y de la Corte Penal Internacional.....	176
3. Mecanismos alternativos a la justicia penal.....	182
II. FORTALECIMIENTO DE LAS FUNCIONES DE LA FISCALÍA.....	189
1. Alcance de la facultad discrecional del fiscal según el significado de “en interés de la justicia” en el art. 53 del Estatuto de Roma.....	190
2. Directrices para la selección y priorización de casos por parte de la Fiscalía.....	200
3. Creación de un órgano subsidiario por la Asamblea de Estados Partes.....	208
CONCLUSIONES.....	212
PROPUESTAS.....	219
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	221
ANEXOS	240
ANEXO A - CUESTIONARIO PARA ANALIZAR LOS EXAMENES PRILIMINARES CONCLUIDOS POR LA FISCALÍA E INVESTIGACIONES ABIERTAS	240
ANEXO B - CUESTIONARIO PARA ANALIZAR LOS CASOS ABIERTOS POR LA FISCALÍA	243

INTRODUCCIÓN

La Corte Penal Internacional (CPI) representa uno de los mayores avances, y a la vez uno de los mayores retos a los que se enfrenta el derecho internacional contemporáneo, ya que, es una institución sin precedentes. Es el primer tribunal penal internacional de carácter permanente y no *ex post facto*, es decir, su existencia no es posterior a los crímenes cometidos, como los que hasta ahora han existido. Asimismo, la actuación de sus diferentes órganos, en especial la Oficina de la Fiscalía, están teniendo un impacto social y político en las situaciones que investiga, ya que les da mayor relevancia y notoriedad internacional.

En este sentido, la Corte Penal Internacional como una institución con un nivel tan alto de relevancia puede y debe estar en constante revisión para la optimización de su funcionamiento y su efectividad. Por ello que a lo largo de esta investigación se propone una revisión de las funciones del Consejo de Seguridad, así como de su definición, en relación con la actividad de la Corte, y una modificación en las facultades de investigación del Fiscal, que permitan tomar en consideración otros elementos, además de los tradicionales de justicia retributiva occidental, a los fines de lograr un balance entre justicia y paz.

Efectivamente, el objetivo general planteado en este trabajo de investigación es “proponer y justificar un nuevo rol para el Fiscal de la Corte Penal Internacional *vis-à-vis* las potestades del Consejo de Seguridad establecidas en el Estatuto de Roma a los fines de coadyuvar a la obtención de una institución de justicia global.” Siendo el tipo de investigación combinada, ya que se usó investigación documental y de campo. El trabajo de campo tuvo un enfoque cuantitativo, ya que se buscaba medir numéricamente la respuesta de la Fiscalía y desde, ese enfoque medir su eficiencia y resultados según el mecanismo de remisión.

Ahora bien, el diseño de la investigación, específicamente para el trabajo de campo es de carácter no experimental, ya que sólo observamos y analizamos el fenómeno en estudio. Dentro de este diseño es de carácter transeccional o transversal, ya que se recolectaron los datos de un único momento, tomando como punto de referencia los exámenes preliminares, investigaciones y casos abiertos al momento de desarrollarse la investigación sin hacer análisis de evolución temporal

o longitudinal. Por último, es de carácter descriptivo ya que no se manipularon variables sino se sólo describimos el objeto de estudio.

Cabe destacar que para el total de la investigación se usó el método analítico-sintético, ya que primero se desgranó y analizó cada uno de los actores (la Corte, la Fiscalía y el Consejo de Seguridad) así como las distintas potestades de cada uno y su contenido en el Estatuto de Roma, para luego unirlos en una nueva configuración y perspectiva.

Asimismo, se usó el método hipotético-deductivo en el capítulo tercero, a los fines de responder al análisis cuantitativo desde la hipótesis general planteada: que el Fiscal de la Corte Penal Internacional debería asumir un rol determinante e independiente del Consejo de Seguridad en escenarios donde exista contradicción entre la aplicación de justicia y el mantenimiento de la paz, a través de la aplicación de medios alternativos que permitan atender de dichos casos con eficiencia y prontitud acordes a la naturaleza del caso.

Para ello en el primer capítulo se iniciará con una breve reseña sobre la Corte Penal Internacional, sus antecedentes, naturaleza jurídica, estructura y una descripción de los procedimientos principales de funcionamiento de los distintos órganos de la Corte. Asimismo, se hará una revisión sobre la naturaleza, andamiaje y funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, ya que, justamente el punto central de la investigación y las propuestas que se harán giran en torno a las potestades que se le concedieron a este órgano en el Estatuto de Roma, instrumento fundacional de la Corte.

Una de ellas es la potestad de suspensión de situaciones, por lo que se analizará su contenido y requisitos, además de una propuesta de revisión judicial de esta solicitud. Posteriormente, se hará una revisión de la potestad de remisión de situaciones sin nexo jurisdiccional con la Corte, los requisitos para su ejercicio y una reseña de la discusión sobre su fundamento jurídico, como consecuencia del antecedente de la potestad de intervención judicial internacional ejercida por el Consejo de Seguridad. Finalmente, se estudiará el papel del Consejo de Seguridad en la definición del crimen de agresión.

Ahora bien, hasta la fecha el Consejo de Seguridad ha ejercido estas potestades en dos ocasiones cada una, es por ello que, en el segundo capítulo, se estudiará el ejercicio de dichas potestades siguiendo los requisitos que se describirán en el capítulo primero a los fines de determinar si el Consejo de Seguridad ha actuado de conformidad con lo dispuesto por el Estatuto de Roma.

Con respecto a la potestad de suspensión se hará referencia a las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) en las cuales el Consejo solicitó la suspensión de investigaciones que pudieran involucrar a miembros de misiones de mantenimiento de la paz que fueran nacionales de Estados no partes del Estatuto.

Asimismo, se analizarán las situaciones en las que se ha requerido al Consejo de Seguridad que solicite la suspensión de investigaciones en la Corte y cómo han sido respondidas estas peticiones. Igualmente, se estudiará el problema de la inmunidad selectiva que plantean dichas resoluciones, el cual se presenta no sólo en las resoluciones mencionadas anteriormente, sino también en la resolución 1497 (2003) y en las resoluciones de remisión de las situaciones de Darfur y Libia, 1593 (2005) y 1970 (2010), respectivamente.

Posteriormente, se analizará la potestad de remisión en la práctica, haciendo un análisis de la resolución 1593 (2005) en la que se remite la situación en Darfur, Sudán y de la resolución 1970 (2010) referida a la situación en Libia. Se realizará una revisión del grado de implementación por la Corte de las mismas, el avance de los casos y el papel de los Estados involucrados, en especial por no ser partes del Estatuto de Roma.

Finalmente, se examinará la obligación de cooperación con la CPI creada por el Consejo de Seguridad sobre estos Estados, que no son parte del Estatuto de Roma y su compatibilidad con el derecho de los tratados y el derecho internacional en general, así como lo que ha ocurrido en la práctica.

Una vez realizado este análisis de la práctica del Consejo de Seguridad, en el capítulo tercero se determinará el fundamento para que el Fiscal ejerza dichas funciones, pero a su vez se analizará si efectivamente la Fiscalía está en mejor posición para asumirlas. Por esta razón debe estudiarse primero a este órgano en su conjunto, al Fiscal como su rector y su actividad, a los fines de determinar si ha

cumplido a cabalidad con sus funciones, en concordancia con el mandato dado por el Estatuto, y en este mismo sentido verificar los resultados de su actividad hasta la fecha.

La Fiscalía es un órgano independiente de la Corte. Tiene a su cargo examinar situaciones en las que parezcan haberse cometido crímenes de su competencia y realizar investigaciones y enjuiciamientos contra las personas presuntamente responsables de esos crímenes. Es por primera vez en la historia que un Fiscal internacional ha recibido el mandato, por un número cada vez mayor de Estados, de seleccionar de manera independiente e imparcial situaciones para su investigación en las que se cometen o se han cometido crímenes atroces en sus territorios o por sus nacionales.

En este sentido, se iniciará estudiando la estructura orgánica de la Fiscalía y las funciones de cada división y sección que la conforma. Asimismo, se examinará el rol de la Fiscalía en cada una de las etapas por las que pasa un caso antes llegar a juicio, esto es: el examen preliminar de una situación, la decisión de investigar y el proceso de investigación en sí mismo para luego individualizarse, identificando un imputado, y transformarse en casos que luego irán a juicio.

Una vez desarrollada la teoría de la actividad de la Fiscalía descrita en sus principales instrumentos, (el Estatuto de Roma, las Reglas de Procedimiento y Prueba y las Reglas de la Fiscalía), se procederá a realizar un análisis cuantitativo de su actividad a los fines de evaluar su funcionamiento desde distintos criterios. Para ello se examinarán todas las situaciones hasta la fecha en las que se ha concluido el examen preliminar, las investigaciones que se han iniciado y de estas los casos que se han abierto. Evaluando de esta forma la actuación de la Fiscalía en cada fase.

Una vez realizado el análisis se determinará si la Fiscalía ha sido más efectiva en el tratamiento de las situaciones remitidas por los Estados y las iniciadas de oficio que, en las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad, y qué factores influyen en este resultado.

Una de las razones para la inclusión en el Estatuto de Roma, tanto de la potestad del Consejo de Seguridad de remitir situaciones sin nexo jurisdiccional con

la Corte, como la potestad de suspensión de investigaciones y juicios, era resolver o balancear la dicotomía que podría presentarse ante la posibilidad de tener que escoger entre procesos de paz y la aplicación de justicia, sin embargo, este no ha sido el caso.

La interrogante que surge entonces es cómo lograr un balance entre el ejercicio de la función judicial de la Corte, y los procesos de paz que se puedan desarrollar en situaciones de conflicto en curso en las que la Corte tenga que intervenir, si la intervención del Consejo de Seguridad no será relevante en este aspecto, según lo propuesto a lo largo de esta investigación.

Este aspecto se desarrollará en el capítulo cuarto tomando como punto de partida la idea que, como institución global, la actividad de la Corte Penal Internacional debería estar fundada en un concepto de justicia global, entendido éste de una forma diferente al concepto de justicia retributiva tradicional. Se parte del supuesto que se puede impartir un tipo de justicia que puede incluir todos los sistemas o al menos tomarlos en consideración.

Se planteará que la aplicación de justicia no debe ser necesariamente un sinónimo de persecución penal, por lo que pueden tomarse en consideración otras formas de justicia o mecanismos alternativos. En este sentido, el nuevo rol del Fiscal vendría dado por la posibilidad de ir más allá al momento de decidir si perseguir o no, o si tomar en consideración mecanismos alternativos de justicia y tener la posibilidad de considerar elementos contextuales de las situaciones en las que va a intervenir, y decidir el qué, el cómo y el cuándo.

Una vez planteado que la Fiscalía debería tomar en consideración el contexto de una determinada situación a investigar, es decir, si existe algún tipo de incompatibilidad entre el proceso penal y un posible acuerdo de paz, u otras medidas que puedan facilitar la finalización de un conflicto armado (Comisiones de la verdad, amnistías, etc), la pregunta es cómo debería ser este proceso y bajo qué criterios debería decidir el Fiscal no investigar o procesar o suspender temporalmente una investigación o juicio.

Para ello se hará un análisis sobre los criterios para la selección y priorización de casos, basado en el documento de política sobre la materia que ha diseñado la

Fiscalía, y desde allí dar una visión de cómo incorporar las posibilidades que tiene el Fiscal, ya sea a nivel de admisibilidad o en el contexto del interés de la justicia según el texto del Art. 53 del Estatuto.

Por último, se propone que exista un órgano político consultivo de apoyo a la Oficina del Fiscal, que esté adscrito a la Asamblea de Estados Partes, entendiendo que la Corte no sólo es un órgano judicial sino también una organización internacional, para de esta forma preservar la independencia y objetividad de la actividad judicial de la Corte, sin dejar de lado el contexto más amplio en el que se desarrollan los crímenes de su competencia.

CAPÍTULO PRIMERO

EL PAPEL OTORGADO AL CONSEJO DE SEGURIDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA

I. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1. Definición

La Corte Penal Internacional (CPI) es una institución judicial internacional de carácter permanente.¹ Esto es de especial relevancia ya que los tribunales penales internacionales que han existido hasta ahora, tanto los tribunales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda, como los tribunales mixtos e internacionalizados establecidos hasta la fecha, han sido creados después que se han cometido los delitos sobre los cuales tienen competencia y son de carácter temporal.

Por el contrario, la CPI tiene competencia sobre los crímenes cometidos después de la entrada en vigor de su Estatuto,² que fue el 1º de julio de 2002 y sobre el crimen de agresión a partir del 17 de julio de 2018, cuando entró en vigor su enmienda. Esto quiere decir que no se pueden remitir situaciones anteriores a estas fechas. Además, no se agota su existencia con la resolución de casos específicos, a diferencia de sus antecesoras que han sido creadas por un período concreto, cuyo objeto está limitado a hechos cometidos en un lapso específico, siempre anterior a su existencia.

Asimismo, la competencia material de la Corte, aunque es en el área penal y de carácter internacional, se centra en los crímenes más graves de trascendencia internacional: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión.³ Cuando se retomó la discusión de la existencia de una corte penal de carácter permanente, de hecho, se hizo con miras a incluir los delitos relacionados con el narcotráfico y asuntos relacionados con crímenes transnacionales, como el terrorismo, pero esta concepción más amplia no prosperó.

¹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Art. 1.

² *Ibidem*, Art. 11.1.

³ *Ibidem*, Art. 5

Por otro lado, la competencia personal está restringida a personas, mayores de 18 años, sin distinción alguna basada en el cargo oficial.⁴ La CPI es la única corte internacional de carácter permanente que juzga individuos. El resto de cortes existentes revisan la responsabilidad internacional de los Estados. De igual forma se discutió la posibilidad de agregar personas jurídicas, sin embargo, esta idea fue desechada. La edad límite para la responsabilidad penal también representó un gran debate, quedando en 18 años para evitar la inclusión de adolescentes.

Por último, el hecho que el cargo oficial no sea una limitante para el ejercicio de la competencia de la Corte, trae nuevamente a la palestra la revisión del sistema de inmunidades, ya que el propio Estatuto establece que las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella, pudiéndose incluir funcionarios diplomáticos y jefes de Estado.⁵

Como puede apreciarse la Corte es una institución de gran relevancia que sin duda ha marcado un antes y un después en el derecho penal internacional y su desarrollo, así como un instrumento para combatir los crímenes de mayor trascendencia para humanidad y evitar la impunidad.

2. Naturaleza

El primer aspecto a resaltar es el carácter complementario de la Corte con respecto a las jurisdicciones penales nacionales de los Estados parte.⁶ A diferencia de los tribunales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, que tenían primacía sobre las jurisdicciones de los países involucrado para juzgar los crímenes de su competencia. En el caso de la CPI, no sustituye a las jurisdicciones penales nacionales. Esto se evidencia con más detalle en las condiciones de admisibilidad de una situación, en las cuales se especifican los supuestos en los que un Estado podría “fallar” para perder su primacía en el ejercicio de su jurisdicción y dar paso a la Corte.

⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Arts. 25, 26 y 27.

⁵ *Ibidem*, Art. 27.

⁶ *Ibidem*, Art. 1.

De igual forma, cualquier Estado involucrado puede impugnar una decisión de admisibilidad, basado justamente en el principio de complementariedad. Para ello debe informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de la misma investigación de la Fiscalía. A petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal autorizar la investigación.⁷

Otro aspecto a resaltar es que, como institución independiente, no forma parte del sistema de Naciones Unidas. Sin embargo, se destacó la necesidad de una relación entre estas dos instituciones, haciendo obligatorio en el Estatuto la adopción y firma de un acuerdo entre la Corte y las Naciones Unidas,⁸ el cual se entró en vigencia el 4 de octubre de 2004, y en el que se definen las condiciones en las que se vincularán.⁹

Por otro lado, aunque ya se definió a la Corte como una institución jurisdiccional en materia penal, ésta no es sólo un tribunal, es también una organización internacional. Posee los rasgos propios de una organización internacional: estructura orgánica autónoma, capacidad de auto organización interna y un sistema de financiación propio.¹⁰ Lo cual la convierte en una institución única en su estilo y esto se ve reflejado en su estructura que se explicará más adelante.

Finalmente, se dotó a la Corte de personalidad jurídica internacional, agregándose que tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos.¹¹ Esto, en conjunto con las características antes mencionadas evidencia que la Corte es una institución única, que se espera complemente e impulse a las jurisdicciones nacionales a tomar

⁷ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Art. 18.

⁸ *Ibidem*, Art. 2.

⁹ Texto negociado del proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, Resolución ICC-ASP/3/Res.1, aprobada por consenso en la tercera sesión plenaria, celebrada el 7 de septiembre de 2004, entrada en vigor el 4 de octubre de 2004.

¹⁰ Quesada Alcalá, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 219-220.

¹¹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Art. 4.

responsabilidad primaria y que replantea las relaciones de las organizaciones internacionales con las Naciones Unidas.

3. Estructura

La naturaleza dual de la Corte se refleja también en su estructura. Por un lado, tenemos los órganos de la Corte: la Presidencia, las Secciones a su vez subdivididas en Salas, la Fiscalía y la Secretaría.¹² Por otro, tenemos la Asamblea de Estados Partes, que no forma parte orgánica de la Corte, pero es fundamental en su funcionamiento.¹³ Por último, se constituyó el Fondo Fiduciario de Ayuda a las Víctimas.¹⁴

La Presidencia está encargada principalmente de la correcta administración de la Corte, con excepción de la Fiscalía, sin embargo, debe actuar en coordinación con el Fiscal y recabará su aprobación en todos los asuntos de interés mutuo.¹⁵ Tiene tres áreas principales de responsabilidad: judicial/legal, administrativa y relaciones externas.

La Presidencia constituye y asigna casos a las Salas, lleva a cabo una revisión judicial de ciertas decisiones del Secretario y concluye acuerdos de cooperación con los Estados. Es responsable de la administración adecuada de la Corte y supervisa el trabajo de la Secretaría. Entre las responsabilidades de la Presidencia en el área de las relaciones externas se encuentra mantener relaciones con los Estados y otras entidades y promover la conciencia pública y la comprensión de la Corte.¹⁶

Las Secciones se dividen en: Sección de Cuestiones Preliminares, Sección de Primera Instancia y la Sección de Apelaciones.¹⁷ Las funciones judiciales de la Corte serán realizadas en cada sección por las Salas.¹⁸ Las Salas de Cuestiones Preliminares, cada una de las cuales está compuesta por uno o tres jueces,

¹² Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Art. 34.

¹³ *Ibidem*, Art. 112.

¹⁴ *Ibidem*, Art. 79; Regulations of the Trust Fund for Victims Resolution, ICC-ASP/4/Res.3, adopted at the 4th plenary meeting on 3 December 2005.

¹⁵ *Ibidem*, Art. 38.

¹⁶ <https://www.icc-cpi.int/about/presidency>

¹⁷ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Art. 34 b).

¹⁸ *Ibidem*, Art. 39.2 a).

resuelven todos los problemas que surgen antes de que comience la fase de juicio. Su función es esencialmente supervisar cómo la Oficina del Fiscal lleva a cabo sus actividades de investigación y enjuiciamiento, garantizar los derechos de los sospechosos, víctimas y testigos durante la fase de investigación, y garantizar la integridad de los procedimientos.

Luego deciden si emiten o no órdenes de arresto o de comparecencia a solicitud de la Oficina del Fiscal y si confirman o no los cargos contra una persona sospechosa de un delito. También pueden decidir sobre la admisibilidad de situaciones y casos y sobre la participación de las víctimas en la etapa previa al juicio.

Una vez que se emite una orden de arresto, el presunto autor es arrestado y los cargos son confirmados por una Sala de Cuestiones Preliminares, la Presidencia constituye una Sala de Primera Instancia compuesta por tres jueces para juzgar el caso.¹⁹ Su función principal es garantizar que los juicios sean justos y expeditos y se realicen con pleno respeto por los derechos del acusado y con la debida consideración por la protección de las víctimas y testigos. También regula la participación de las víctimas en la etapa del juicio.

La Sala de Primera Instancia determina si un acusado es inocente o culpable de los cargos y, si él o ella es declarado culpable, puede imponer una pena de prisión por un número específico de años que no exceda un máximo de treinta años o cadena perpetua. También se pueden imponer sanciones financieras. La Sala también puede ordenar a una persona condenada que repare el daño sufrido por las víctimas, incluyendo compensación, restitución o rehabilitación.²⁰

La Sala de Apelaciones está compuesta por el Presidente de la Corte y otros cuatro jueces. Todas las partes en el juicio pueden apelar o solicitar un permiso para apelar las decisiones de las Salas de Cuestiones Preliminares y de las Salas de Primera Instancia. La Sala de Apelaciones puede confirmar, revocar o enmendar la decisión apelada, incluidas las sentencias y decisiones de sentencia, e incluso

¹⁹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Art. 61.11.

²⁰ *Ibidem*, Art. 77.

puede ordenar un nuevo juicio ante una Sala de Primera Instancia diferente. También puede revisar un juicio final de condena o sentencia.²¹

Por su parte, la Fiscalía es un órgano independiente de la Corte.²² Su mandato es recibir y analizar información sobre situaciones o presuntos delitos dentro de la jurisdicción de la CPI, analizar las situaciones a las que se hace referencia para determinar si hay una base razonable para iniciar una investigación sobre un delito de su competencia, y llevar a los autores de estos crímenes ante la Corte. Sobre su composición y funcionamiento se profundizará en el capítulo tercero.

El último de los órganos de la Corte es la Secretaría, la cual está encargada de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte y de prestarle servicios. Está dirigida por el Secretario, que será el principal funcionario administrativo de la Corte quien ejerce sus funciones bajo la autoridad del Presidente de la Corte. El Secretario será elegido por un período de cinco años en régimen de dedicación exclusiva y podrá ser reelegido una sola vez. Dentro de la Secretaría se estableció una Dependencia de Víctimas y Testigos. Esta Dependencia, en consulta con la Fiscalía, adopta medidas de protección y dispositivos de seguridad y presta asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparecen ante la Corte.²³

Como se mencionó anteriormente, existe otro órgano que no atañe a las actividades propia de la Corte como institución judicial y es la Asamblea de Estados Partes. Está conformada por un representante de cada Estado que ha ratificado o se ha adherido al Estatuto de Roma y su función principal es de supervisión, pero también actúa como órgano legislativo, ya que cualquier modificación al Estatuto se discute y aprueba en la Asamblea. Esta también se encarga del Fondo Fiduciario para las Víctimas.

La estructura de la Corte, como se ha evidenciado responde a su naturaleza dual antes mencionada, pero además garantiza que el proceso se lleve con las

²¹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Art. 82.

²² *Ibidem*, Art. 42.

²³ *Ibidem*, Art. 43.

debidas garantías y que la actividad del Fiscal esté siempre supervisada para garantizar la imparcialidad en los procesos.

4. Procedimiento

La jurisdicción de la Corte se activa con la remisión de una situación por parte de un Estado Parte o el Consejo de Seguridad, o de oficio por iniciativa del Fiscal.²⁴ Una vez remitida la situación se inicia una fase de examen preliminar. La Fiscalía debe determinar si existe evidencia suficiente de la comisión de delitos de gravedad suficiente dentro de la jurisdicción de la CPI, si existen procedimientos nacionales genuinos y si abrir una investigación serviría a los intereses de la justicia y de las víctimas. Si no se cumplen estos requisitos, o si la situación o los delitos no están bajo la jurisdicción de la CPI, la Fiscalía no puede iniciar una investigación.

Después de reunir pruebas e identificar a un sospechoso, la Fiscalía solicitará a la Sala de Cuestiones Preliminares la autorización para iniciar una investigación y pedirá la emisión de órdenes de arresto o comparecencia necesarias,²⁵ aunque la Corte depende de los países para realizar arrestos y transferir sospechosos a su sede.

Una vez que el sospechoso o sospechosos están en custodia de la Corte y se confirma su identidad se inicia la audiencia de confirmación de cargos: después de escuchar a la Fiscalía, la defensa y el representante legal de las víctimas, los jueces deciden, generalmente dentro de los 60 días, si hay evidencia suficiente para que el caso vaya a juicio.²⁶ Si el sospechoso no es arrestado o no aparece, se pueden realizar presentaciones legales, pero las audiencias no pueden comenzar, de allí la importancia de la cooperación de los Estados.

Una vez iniciado el juicio, la Fiscalía debe demostrar sin lugar a dudas la culpabilidad del acusado. Los jueces considerarán todas las pruebas, luego emitirán un fallo y, cuando hay un fallo condenatorio, emiten una sentencia. Los jueces pueden sentenciar a una persona hasta a 30 años de prisión y, en circunstancias

²⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Art. 13.

²⁵ *Ibidem*, Art. 58.

²⁶ *Ibidem*, Art. 61.

excepcionales, a cadena perpetua.²⁷ Los jueces también pueden ordenar reparaciones para las víctimas. Por el contrario, si no hay pruebas suficientes, se cierra el caso y se libera al acusado, dictando un fallo absolutorio.

Ahora bien, tanto la Fiscalía como la Defensa tienen derecho a apelar la decisión de la Sala de Primera Instancia sobre el veredicto (decisión sobre la culpabilidad o inocencia del acusado) y la sentencia. Las víctimas y el condenado pueden apelar una orden de reparación. La Sala de Apelaciones decide si confirma la decisión apelada, la modifica o la revoca.²⁸ Por lo tanto, esta es la sentencia final, a menos que la Sala de Apelaciones ordene un nuevo juicio ante la Sala de Primera Instancia.

Como se mencionó el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas es uno de los órganos que, de conformidad con el Estatuto, pueden solicitar la activación de la jurisdicción de la Corte. Por ello es necesario recordar que el Consejo de Seguridad es uno de los órganos principales de Naciones Unidas. Está conformado por quince [15] miembros, de los cuales cinco [5] son permanentes: China, Francia, Rusia, Reino Unido y Estados Unidos de América, con derecho a veto sobre las decisiones de este órgano, y los otros diez [10] que son elegidos por la Asamblea General por periodos de dos años.²⁹

Los miembros de Naciones Unidas confirieron al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocieron que actúa en su nombre al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.³⁰ Asimismo, convinieron aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con la Carta de Naciones Unidas.³¹

En la Conferencia de Roma, donde se estableció el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional, uno de los puntos neurálgicos de la discusión fue el papel del Consejo de Seguridad en el funcionamiento de esta institución, debido a la

²⁷ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Art. 77.

²⁸ *Ibidem*, Art. 83.

²⁹ Carta de las Naciones Unidas, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945, Art. 23.

³⁰ *Ibidem*, Art. 24.

³¹ *Ibidem*, Art. 25.

interrelación entre la actividad y funciones de ambos órganos y a la diferencia en su naturaleza.

Esto generó grandes divergencias, en especial entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y los Estados que critican su composición, ya que sus posturas fueron contrapuestas con respecto al rol que este órgano debía jugar en el Estatuto de la Corte.³² A pesar de esta situación, quedó establecido el papel del Consejo de Seguridad en el Estatuto de Roma en tres aspectos: la potestad de suspensión, la potestad de remisión de situaciones y el papel del Consejo en el crimen de agresión, el cual sería definido posteriormente en la Conferencia de Kampala. A continuación, se procederá a estudiar el contenido de dichas potestades.

II. POTESTAD DE SUSPENSIÓN DE UNA INVESTIGACIÓN O ENJUICIAMIENTO

Como se mencionó anteriormente una de las potestades otorgadas al Consejo de Seguridad en el Estatuto de Roma es la posibilidad de solicitar a la Corte que suspenda una investigación o enjuiciamiento. Ahora bien, existen ciertos requisitos para su ejercicio, así como ciertos cuestionamientos sobre su idoneidad y sobre la posibilidad de revisar estas peticiones. En este sentido a continuación se hará un análisis detallado de esta potestad, así como de los motivos de su incorporación en el Estatuto.

1. Contenido y requisitos para su ejercicio

De conformidad con lo establecido en el Art. 16 del Estatuto de Roma, se otorga al Consejo de Seguridad la potestad de solicitar a la Corte que no inicie o suspenda una investigación o enjuiciamiento, en aras del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Dicho artículo dispone:

En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la

³² Quesada Alcalá, Carmen, *op. cit.*, pp. 219-220.

Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

Ahora bien, sobre esta disposición y el procedimiento a seguir para su aplicación no existen mayores desarrollos en las Reglas de Procedimiento y Prueba, y al respecto, sólo se encuentra una disposición en el Acuerdo de Relación entre la Corte Penal y Naciones Unidas, que sólo indica que dicha petición será transmitida por el Secretario General al Presidente y al Fiscal de la Corte.³³

La adopción del artículo 16 del Estatuto obedeció a una discusión sobre la incompatibilidad entre causas judiciales y situaciones en las que estuviese involucrada la actuación del Consejo en el marco del Capítulo VII de la Carta, planteándose que las primeras podrían entorpecer procesos de mantenimiento o restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales.³⁴ Quizá el ejemplo más clásico es la suspensión u omisión de procedimientos que podrían desestabilizar negociaciones de paz.³⁵

En este sentido, para evitar esta situación se otorgó esta facultad al Consejo de Seguridad. En teoría este artículo resolvería el conflicto paz *versus* justicia, siendo una norma de colisión, es decir resolviendo en teoría la colisión de regímenes normativos, en este caso el de la Carta de Naciones Unidas y el del

³³ Texto negociado del proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, Resolución ICC-ASP/3/Res.1, aprobada por consenso en la tercera sesión plenaria, celebrada el 7 de septiembre de 2004, entrada en vigor el 4 de octubre de 2004, Art. 17.2. Cooperación entre el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Corte.

³⁴ Akande, Dapo, "The jurisdiction of the International Criminal Court over nationals of non parties: legal basis and limits", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, p. 646; Escudero Espinosa, Juan Francisco, *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad. Hacia la paz por la justicia*, Madrid, Editorial Dilex, 2004, p. 167; Bollo Arocena, María Dolores, "La adopción de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas", *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Vol. XX, 2004, p. 382.

³⁵ Stahn, Carsten, "The ambiguities of Security Council resolution 1422 (2002)", *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, 2003, pp. 89-90; Bollo Arocena, María Dolores, *op. cit.*, p. 385.

Estatuto de Roma, como lo plantean Bloome y Markard, dando prioridad temporal al Consejo de Seguridad.³⁶

Cabe destacar que esto entra en contradicción con aquellos que promueven que no puede haber paz sin justicia, y que justamente no deberían suspenderse procesos judiciales por privilegiar negociaciones de paz. Sin embargo, este es un debate no resuelto. Sigue siendo una discusión vigente el debate paz versus justicia. Si bien lo ideal sería el logro de ambos objetivos, en la práctica esto no siempre es posible, y hasta ahora esta disposición tampoco ha dado luces sobre este aspecto.

Asimismo, como se verá más adelante en esta investigación, esta disposición del Estatuto, no ha resuelto esta dicotomía ni siquiera para las situaciones remitidas ante la Corte, que era su objetivo primordial.

Ahora bien, para el ejercicio de la facultad de suspensión el Consejo de Seguridad debe cumplir en principio con dos requisitos. Primero la solicitud de suspensión debe ser realizada a través de una resolución aprobada en el marco del Capítulo VII de la Carta. Segundo, la solicitud no puede tener una duración superior a doce (12) meses. Sin embargo, el Consejo puede renovar dicha solicitud tantas veces como lo considere oportuno, a través de una nueva resolución, no siendo posible en ningún caso la mera renovación tácita o automática.³⁷

Con respecto al primer aspecto, referido a la adopción de una resolución en el marco del Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad, debe determinar de conformidad con su Art. 39 la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión. En este sentido, tal como lo plantea Gowlland-Debbas la pregunta es ¿qué tendría que constituir una amenaza o un quebrantamiento de la paz y la seguridad: la situación en sí misma o el inicio

³⁶ Blome, Kerstin y Markard, Nora, "Contested Collisions: Conditions for a Successful Collision Management – the Example of Article 16 of the Rome Statute." *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29, no. 2, 2016, p. 552.

³⁷ Escobar Hernandez, Concepción, "Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas", en Escobar Hernandez, Concepción (Ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid, Escuela Diplomática, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y relaciones Internacionales, Boletín Oficial del Estado, 2000, p. 38; Knottnerus, Abel, "The Security Council and the International Criminal Court: The Unsolved Puzzle of Article 16", *Netherlands International Law Review*, Vol. 61, no. 2, 2014, p. 198.

de una investigación por la Corte sobre la comisión de un delito de su competencia?
¿Podría la justicia ser vista aquí como una forma de socavar la seguridad?³⁸

En opinión de Condorelli y Villalpando, esta situación no necesita necesariamente encontrar su causa directa en las investigaciones o juicios *per se*, el Consejo de Seguridad podría referirse a un trasfondo fáctico o político más amplio y enmarcarlo en una de las categorías del Art. 39.³⁹ En otro sentido, Cassese plantea que el Consejo de Seguridad puede requerir al Fiscal suspender su actividad, sólo si explícitamente decide que la continuación de una investigación o un juicio puede constituir una amenaza a la paz.⁴⁰

Como puede observarse no existe un criterio único para interpretar esta disposición, sin embargo, está claro que quedará a discrecionalidad del Consejo de Seguridad definir cuándo y cómo considerará que hay un quebrantamiento de la paz en relación con una investigación o juicio iniciados ante la Corte, que ameriten la solicitud de suspensión.

De hecho, la práctica del Consejo de Seguridad a lo largo de la historia muestra que no existe un criterio establecido para tal definición ya que en ciertas ocasiones ha declarado situaciones como amenazas a la paz y a la seguridad internacionales cuando no lo son, y también, al contrario, en situaciones en donde se esperaba una declaración como amenaza a la paz y la seguridad internacionales no lo ha hecho. Esto tiene sentido si recordamos que al final el Consejo de Seguridad es un órgano político y no jurídico.

Por otro lado, con respecto al lapso de doce (12) meses, este representa un máximo, por lo que, una decisión del Consejo de Seguridad en este sentido podría establecer un periodo menor. Para su renovación, tal como establece el Art. 16, deberán configurarse las mismas condiciones, es decir, aquellas que llevaron a la determinación de la existencia de una amenaza o quebrantamiento de la paz de

³⁸ Gowlland-Debbas, Vera, *The Relationship between the Security Council and ICC*, 2001, <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/164/28588.htm>.

³⁹ Condorelli, Luigi y Villalpando, Santiago, "Referral and Deferral by the Security Council", en Cassese, Antonio *et al.*, *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary*, Vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 647.

⁴⁰ Cassese, Antonio, "The Statute of the International Criminal Court: some preliminary reflections", *European Journal of International Law*, Vol. 10, Nº 1, 1999, p. 163.

conformidad con el Art. 39 de la Carta, y aún en el caso de no ser las mismas deben estar en el ámbito de actuación del Consejo en el marco del Capítulo VII de la Carta.

A estos requisitos hay que sumar el momento en que, efectivamente, puede ejercerse esta potestad con respecto a la actividad de la Corte. Tal como lo establece el Art. 16 del Estatuto, el Consejo de Seguridad puede pedir a la Corte que no inicie o que suspenda la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado. En el caso de los enjuiciamientos queda claro que, ante la decisión de enjuiciar, la solicitud del Consejo se realizará antes que el juicio inicie, es decir, una vez confirmados los cargos por la Sala de Cuestiones Preliminares, o una vez iniciado el mismo en la Sala de Primera Instancia correspondiente.

En el caso de una investigación, sólo se podría solicitar que ésta no se iniciara, una vez que la Sala de Cuestiones Preliminares haya otorgado la correspondiente autorización para iniciar una investigación al Fiscal. Mientras la Fiscalía realiza el análisis preliminar antes descrito, no podría solicitarse por parte del Consejo de Seguridad que no se iniciase una investigación, ya que, en esta etapa aún no es posible saber si la misma se realizará.

Aunque esta facultad no afecta a la competencia jurisdiccional de la Corte, que continúa siendo titular de la misma, no es menos cierto que su ejercicio puede afectar de modo directo y negativo al desarrollo del proceso y a la propia función de investigación del Fiscal o a la función jurisdiccional de la Corte.⁴¹ Aspectos tales como la preservación de pruebas o de testigos, en casos en donde el Consejo de Seguridad pueda solicitar información, o por ejemplo las implicaciones en derechos del acusado como el de ser juzgado sin dilaciones indebidas, o el mantenimiento de la detención mientras el juicio esté suspendido, la cual podría considerarse arbitraria, no han sido tomados en consideración.⁴²

La Corte como institución judicial debe velar por el cumplimiento del debido proceso, juzgar sin dilaciones indebidas, garantizar la integridad de las pruebas y proteger a víctimas y testigos, más si tomamos en cuenta que los crímenes de

⁴¹ Escobar Hernandez, Concepción, *op. cit.*, p. 38.

⁴² El Zeidy, Mohamed, "The United States dropped the atomic bomb of article 16 of the ICC Statute: Security Council power of deferrals and resolution 1422", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 2002, p. 1513.

competencia de la Corte se dan en el marco de conflictos armados internos o internacionales o ataques sistematizados contra la población civil.

2. Posibilidad de revisión judicial por la CPI de las solicitudes del Consejo de suspender una investigación o un juicio

Como se mencionó anteriormente, no se han considerado los efectos negativos de la suspensión de una investigación o un juicio. En este sentido se plantea la posibilidad de que la Corte pueda revisar judicialmente dichas solicitudes. Ante todo, la Corte tiene la obligación de preservar la legalidad del proceso, lo que implica la protección de las víctimas, de las pruebas y el respeto de los derechos de los acusados, todo lo cual se ve afectado ante una suspensión de un año, que puede incluso extenderse indefinidamente, de allí la importancia de certificar la legalidad de la petición de suspensión.

Aunque de conformidad con el Art. 16, la Corte pareciera no tener discrecionalidad para acatar la petición de suspensión, la decisión del Consejo de Seguridad está sujeta a tales condiciones formales y sustanciales, que puede requerir una revisión por los órganos jurisdiccionales, en interés de la justicia y en orden a salvaguardar la independencia del órgano judicial.

La decisión de suspender procedimientos en curso corresponderá: a) a la Sala de Cuestiones Preliminares, si el Fiscal está examinando la situación, es decir, cuando se encuentre en la fase de investigación; b) a la Sala de Primera Instancia, una vez que el juicio haya empezado; o 3) a la Sala de Apelaciones, si el caso está en apelación. Dichos órganos deberían tener la posibilidad de revisar la resolución correspondiente del Consejo al momento de tomar la decisión de suspensión.⁴³

Estos órganos jurisdiccionales deben asegurarse de que la solicitud se ha hecho de conformidad con las condiciones previstas en la Carta de Naciones Unidas y en el Estatuto de la CPI. En particular que sea en efecto una resolución adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta; que se ha determinado la existencia de alguna de las situaciones descritas en el artículo 39; que al hacerlo, el Consejo de

⁴³ Condorelli, Luigi y Villalpando, Santiago, "Referral and Deferral...", *cit.*, pp. 649-650; El Zeidy, Mohamed, *op. cit.*, p. 1516.

Seguridad ha respetado los propósitos y principios de las Naciones Unidas y no ha actuado *ultra vires*; es decir, que efectivamente hay una solicitud debidamente motivada de aplazamiento.⁴⁴

El tema de la motivación es central ya que, como se mencionó anteriormente esta potestad afecta procedimientos de la Corte en donde se encuentra en juego la integridad del proceso en sí mismo. Por eso, entre otras razones la suspensión es temporal, ya que se ponen en riesgo las pruebas y su preservación, a las víctimas e incluso puede llegar a representar una violación del derecho a un proceso sin dilaciones para el acusado. Este derecho ha sido reconocido ampliamente por los tribunales internacionales en materia de protección de derechos humanos contra los Estados, por lo que no podría la Corte seguir un lineamiento diferente a este respecto.

La posibilidad de revisión de la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad por tribunales ha sido muy debatida entre los juristas internacionales, ya que no existe ningún tribunal internacional con dicha competencia de manera expresa. No obstante, dichos actos se encuentran sometidos al derecho, aunque sean adoptados por un órgano político, y por tanto son susceptibles de control judicial. El Consejo debe actuar dentro de un marco legal, definido por su instrumento constitutivo. Las deficiencias de los mecanismos de control, no impugnan esta consideración.⁴⁵

En la práctica existe gran evidencia de la posibilidad de revisión judicial de las resoluciones del Consejo de Seguridad, empezando con la del propio órgano judicial principal de Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia. Ésta, aunque negándolo, ejerció un poder de revisión de las decisiones del Consejo de Seguridad en dos ocasiones: en el Caso sobre Ciertos Gastos de Naciones Unidas

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Cardona Llorens, Jorge, "La Corte Penal Internacional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales", en Gómez Colomer, Juan Luis *et al.*, (Coords), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, p. 64; Hinojosa Martínez, Luis, "Bad law for good reasons: The contradictions of the *Kadi* Judgment", *International Organizations Law Review*, Vol. 5, Iss.2, 2008, p. 352; Wood, Michael, "Second Lecture: The Security Council's Powers and their Limits," held at the Lauterpacht Center for International Law, University of Cambridge, 7th – 9th November 2006, Herss Lauterpacht Memorial Lectures 2006, p. 21, https://www.lcil.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.lcil.law.cam.ac.uk/Image/Publications/2006_hersch_lecture_2.pdf, p. 2.

y en el Caso de Namibia. Ambos resultado de la solicitud de opiniones consultivas solicitadas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, respectivamente, en los cuales la Corte consideró absolutamente necesario establecer la validez legal de actos adoptados por la organización a los fines de dar una respuesta útil a estos órganos.⁴⁶

La Corte Internacional de Justicia, al igual que otros tribunales internacionales, no está diseñada para controlar la legalidad de resoluciones del CS. Sin embargo, en los casos contenciosos la revisión se puede hacer incidentalmente, a petición de las partes en una controversia, respecto a quienes únicamente la decisión tiene efecto vinculante. En cuanto a los procedimientos consultivos, el control de legalidad de las resoluciones del CS puede considerarse inherente a la tarea dada a la Corte Internacional de Justicia de determinar el derecho aplicable a una consulta respondida por ésta.⁴⁷

Ahora bien, a pesar de los ejemplos antes mencionados, el caso emblemático sobre este aspecto de la revisión judicial de las decisiones del Consejo de Seguridad es el Caso Lockerbie en el cual Libia demandó a Estados Unidos y Gran Bretaña por un conflicto en la interpretación de la Convención de Montreal, como consecuencia de la destrucción de un avión de Pan Am vuelo 103, sobre la ciudad de Lockerbie, por el que resultaron acusados dos ciudadanos libios de colocar la bomba que causó la explosión del mismo.

En este sentido, los demandados entre las objeciones preliminares presentadas argumentaron la falta de jurisdicción de la Corte, ya que ésta no podía basarse en la Convención de Montreal por cuanto no había disputa sobre su interpretación y aplicación,⁴⁸ sin embargo, se argumentó que en caso que la

⁴⁶ Petculescu, Ioana, "The review of the United Nations Security Council decisions by the International Court of Justice", *Netherlands International Law Review*, Vol. 52, Iss. 2, 2005, p. 181; Gowlland-Debbas, Vera, "Security Council enforcement action and issues of state responsibility", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, Iss. 1, 1994, pp. 96-97; Akande, Dapo, "The International Court of Justice and the Security Council: Is there room for judicial control of decisions of the political organs of the United Nations?", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, 1997, p. 328.

⁴⁷ Canizzaro, Enzo, "Machiavellian moment? The UN Security Council and the rule of law", *International Organizations Law Review*, N° 3, 2006, p. 194; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie* (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, Judge Rezek separate opinion, párr. 4.

⁴⁸ *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial*

Convención confiriese a Libia los derechos que reclamaba, no podían ser ejercidos en ese caso por cuanto fueron sustituidos por las resoluciones 748 (1992) y 883 (1993) del Consejo de Seguridad, las cuales en virtud de los artículos 25 y 103 de la Carta de Naciones Unidas tenían prioridad sobre todos los derechos y obligaciones derivados de la Convención de Montreal.⁴⁹

Ahora bien, sobre el argumento referido a que las resoluciones antes mencionadas dejaban sin contenido la petición de Libia y que por tanto la misma era inadmisibile, la Corte decidió no pronunciarse, ya que consideró que una decisión sobre este aspecto afectaba elementos del fondo del caso de conformidad con lo establecido en el Art. 79 de su Reglamento. Según la Corte el demandado estaba anticipando el argumento de que las resoluciones del Consejo de Seguridad no formaban parte del procedimiento contencioso, por lo tanto decidió ocuparse de esto al momento que se decidiese el fondo del asunto.⁵⁰

Esta decisión implicaba que, en la etapa de conocer sobre el fondo del asunto, la Corte hubiese tenido que tomar una posición sobre el efecto de las resoluciones en las demandas de Libia.⁵¹ Esto planteaba la posibilidad de que por primera vez en la historia, la Corte podría tener que ejercer una forma de revisión judicial sobre resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta, aunque finalmente no se realizó ya que no se conoció el fondo del asunto.

No sólo la Corte Internacional de Justicia, sino también otros tribunales han tratado problemas relacionados con la legalidad de las resoluciones adoptadas sobre la base del Capítulo VII de la Carta. Esto es lo que ha pasado en los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda. Desde el inicio de sus funciones ambos tribunales tuvieron que revisar sus instrumentos fundacionales para apoyar su jurisdicción y la legalidad de su creación.

Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 9, párr. 24.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 37.

⁵⁰ *Ibidem*, párrs. 50, 51.

⁵¹ Martenczuk, Bernd, "The Security Council, the International Court and judicial review: what lessons from Lockerbie?", *European Journal of International Law*, Vol. 10, N° 3, 1999, p. 518.

Asimismo, esta tendencia revisionista de las resoluciones del Consejo de Seguridad se ha extendido a Cortes regionales y nacionales. A pesar de la obligación de cumplir cualquier resolución vinculante del Consejo de Seguridad, algunos tribunales nacionales en varios niveles han generado dudas sobre la extensión de esta obligación o incluso disminuido la efectividad de las resoluciones del Consejo de Seguridad.

El ejemplo más resaltante a este respecto es la decisión de los casos Kadi y Al Barakaat, tanto a nivel de la decisión del Tribunal de Primera Instancia (ahora Tribunal General) como de su revisión en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE).⁵² El origen de las mencionadas sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia se encuentra en los recursos interpuestos por varios individuos y entidades afectados por estar incluidos en las *listas negras* que, o bien son elaboradas por el Consejo de Sanciones creado en el marco de la resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad, o bien por el Consejo de Ministros de la Unión Europea en aplicación del mandato de la resolución 1373 (2001).⁵³

Los casos antes citados demuestran que, aunque no de manera directa pueden incidentalmente revisarse los efectos de una resolución del Consejo de Seguridad. La revisión por los tribunales nacionales no sólo es técnicamente posible, sino también políticamente conveniente como un instrumento destinado a incorporar el respeto de los derechos humanos y el imperio de la ley dentro del ordenamiento jurídico de la ONU. Lejos de socavar la eficacia de la acción del CS tal desarrollo otorgaría mayor legitimidad y autoridad a la acción llevada a cabo en nombre de la comunidad internacional.⁵⁴

⁵² Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*, Court of First Instance, 21 September 2005, [2005] ECR II-3649, 45 ILM 81 (2006); Case T-306/01 *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, Court of First Instance, 21 September 2005, [2005] ECR II-3533; Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, European Court of Justice, 3 September 2008, 47 ILM 923 (2008).

⁵³ Santos Vara, Juan, "El control judicial de la ejecución de las sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad en la Unión Europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 15, 2008, pp. 1-2.

⁵⁴ Canizzaro, Enzo, *op. cit.*, pp. 189–224, p. 204; Elberling, Bjorn, "The *Ultra Vires* character of legislative action by the Security Council", *International Organizations Law Review*, Vol. 2, Iss. 2, 2005, p. 353.

La CIJ no ha hecho una revisión de manera directa porque tanto ésta, como el Consejo de Seguridad son órganos principales de Naciones Unidas,⁵⁵ y la Carta no establece una jerarquía según la cual un órgano principal de Naciones Unidas esté subordinado al otro.⁵⁶ Sin embargo, estas consideraciones no aplican a la Corte Penal Internacional, la cual no fue creada por la Carta de Naciones Unidas, ni es un órgano de dicha organización.⁵⁷

En el ejercicio de su función judicial, la Corte Penal puede verificar el cumplimiento por el Consejo de las condiciones formales impuestas por el Estatuto para la solicitud de suspensión. En el establecimiento de su jurisdicción la Corte podría tener la necesidad de ejercer una revisión sustantiva de la decisión de suspensión. Esto es exactamente lo que hicieron los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda a los fines de confirmar la legalidad de su establecimiento.

En este sentido el Consejo de Seguridad al aplicar medidas en el marco del Capítulo VII, está obligado a cumplir ciertas normas legales, entre ellas los propósitos y principios de la Carta contenidos en sus artículos 1 y 2, y a respetar las normas de *ius cogens*.⁵⁸ Las normas de *ius cogens* son normas imperativas de derecho internacional general, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

⁵⁵ Fassbender, Bardo, "Quis judicabit? The Security Council, its powers and its legal control", *European Journal of International Law*, Vol. 11, Nº 1, 2000, p. 223.

⁵⁶ Akande, Dapo, "The International Court of Justice...", *cit.*, pp. 312-313; Macdonald, Ronald St. John, "Changing relations between the International Court of Justice and the Security Council of the United Nations", *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 31, 1994, p. 25.

⁵⁷ Schabas, William, *An introduction to the International Criminal Court*, 4a ed, Cambridge University Press, 2011, p. 169.

⁵⁸ De Wet, Erika, "Human rights limitations to economic enforcement measures under article 41 of the United Nations Charter and the iraqi sanctions regime", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, Iss. 2, 2001, p. 279; Wood, Michael, *op. cit.*, p. 21, https://www.lcil.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.lcil.law.cam.ac.uk/Image/Publications/2006_hersch_lecture_2.pdf, p. 3; Akande, Dapo, "The International Court of Justice...", *cit.*, p. 310.

El Consejo no opera en un vacío legal cuando adopta sus resoluciones, es inconcebible que no haya límites legales al poder del Consejo de Seguridad.⁵⁹ La evolución del derecho internacional ha incluido una incipiente política pública internacional la cual establece los límites en el tipo de derechos que pueden ser anulados por el Consejo.

El Art. 24.2 de la Carta establece que en el desempeño de sus funciones el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas, y el Art. 1.3 incluye entre los propósitos de la organización el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos,⁶⁰ los cuales el Consejo está obligado a respetar al igual que el resto de los órganos de Naciones Unidas.

En el caso por ejemplo de los acusados, una suspensión del proceso constituiría una dilación del mismo por un periodo incierto que, como se mencionó anteriormente, podría ser de un año o más, por lo que existen dudas acerca de la compatibilidad de la petición de suspensión del Consejo, con el derecho del acusado a ser juzgado sin dilaciones indebidas,⁶¹ derecho reconocido en los principales instrumentos de derechos humanos.⁶²

Además de este aspecto de la dilación del juicio, está la situación de aquellos acusados que se encuentran detenidos, en custodia de la Corte en espera de juicio, ya que, podría plantearse como una detención arbitraria si el proceso no está en curso, lo cual está prohibido por el propio Estatuto en su Art. 55.1 d), e incluso esto

⁵⁹ Akande, Dapo, "The International Court of Justice...", *cit.*, p. 314; Canizzaro, Enzo, *op. cit.*, p. 206; Wood, Michael, *op. cit.*, p. 21, https://www.lcil.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.lcil.law.cam.ac.uk/Image/Publications/2006_hersch_lecture_2.pdf, p. 3.

⁶⁰ Carta de las Naciones Unidas, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945, Arts. 24.2 y 1.3; De Wet, Erika, "Human rights limitations to economic enforcement measures under article 41 of the United Nations Charter and the iraqi sanctions regime", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, Iss. 2, 2001, p. 279.

⁶¹ Condorelli, Luigi y Villalpando, Santiago, "Referral and Deferral...", *cit.*, p. 652; Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Art. 64.2.

⁶² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, Arts. 2.3 y 14.3 c); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, entrada en vigor el 4 de noviembre de 1950, Art. 6; Convención Americana sobre Derechos Humanos, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, Art. 8.1; Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 10, GA Res. 217 (III), de 10 de diciembre de 1948.

podría implicar la puesta en libertad del acusado de conformidad con lo dispuesto en su Art. 60.3, si se le considera como un cambio en las circunstancias.

Lo anteriormente mencionado sirve para ratificar la necesidad de revisión judicial de las peticiones del Consejo de Seguridad de suspensión de investigaciones o procedimientos de la Corte. En estas situaciones no sólo la independencia de la Corte queda en riesgo sino su actividad misma, ya que, se ve afectado el procedimiento de recolección y conservación de pruebas entre otros, lo que puede tener repercusiones determinantes en la efectividad y certeza del proceso.

Por otra parte, el Estatuto establece que el Fiscal podrá adoptar o pedir que se adopten las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, la protección de una persona o la preservación de las pruebas.⁶³ Esto se ve reforzado por otra disposición dirigida específicamente a la protección de testigos y víctimas la cual establece que la Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos.⁶⁴ Puede presumirse que dichas medidas protegen lo que ya se ha hecho durante la etapa de investigación y antes de la decisión de suspensión.

Si bien la consecuencia principal de una solicitud de suspensión es la paralización de cualquier procedimiento, ya sea en una investigación o un juicio, también es cierto que esto no implica la paralización total de la actividad de la Corte. En principio, el Fiscal puede continuar con las investigaciones preliminares previas al inicio formal de una investigación.⁶⁵

El Estatuto dispone que el Fiscal puede recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que

⁶³ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Art. 54.3 f).

⁶⁴ *Ibidem*, Art. 60.1.

⁶⁵ Condorelli, Luigi y Villalpando, Santiago, "Referral and Deferral...", *cit.*, p. 651; El Zeidy, Mohamed, *op. cit.*, p.1513.

considere apropiadas y recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte a los fines de analizar la veracidad de la información recibida.⁶⁶

Asimismo, el Fiscal, cuando considere que se presenta una oportunidad única de proceder a una investigación, que tal vez no se repita a los fines de un juicio, de recibir el testimonio o la declaración de un testigo o de examinar, reunir o verificar pruebas, lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.⁶⁷ Sin embargo, más allá de estas acciones no se puede avanzar en las investigaciones o juicios suspendidos. El hecho que esto ocurra a instancias de un órgano político, el cual ha demostrado un uso inadecuado del Art. 16 es preocupante.⁶⁸

Cabe destacar que la posibilidad de revisión judicial cobra mayor relevancia si se ve en el contexto de la enmienda al Estatuto sobre el crimen de agresión. Como se establece en los Arts. 15 *bis* 9 y 15 *ter* 4 “*La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte...*”, y el órgano ajeno que puede hacer dicha determinación es el Consejo de Seguridad, por lo que aún el Consejo remitiendo una situación a la Corte y declarando la existencia de un acto de agresión la Corte está facultada para revisar si se adapta a lo establecido en el Estatuto.

La potestad de suspensión representó una concesión frente a los requerimientos de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad para evitar mayor rechazo a la Corte y a los posibles argumentos sobre su interferencia en la actividad del Consejo. Aun cuando su texto final fue bastante menos restrictivo que el proyecto inicial, crea una serie de interrogantes sobre su aplicación y los posibles efectos negativos que esto podría causar en la actividad de la Corte.

III. LA POTESTAD DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE REMISIÓN DE SITUACIONES SIN NEXO JURISDICCIONAL CON LA CORTE

⁶⁶ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, Art. 15.2.

⁶⁷ *Ibidem*, Art. 18.6.

⁶⁸ White, Nigel y Cryer, Robert, “The ICC and the Security Council: An Uncomfortable Relationship” en Doria, José, *et al.*, *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden - Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 466.

El Estatuto de Roma otorga al Consejo de Seguridad la potestad de remitir situaciones a la Fiscalía en las que considere se están cometiendo o se han cometido crímenes de la competencia de la Corte. Esta potestad también la poseen los Estados partes y el Fiscal, con la diferencia que, en estos últimos casos, la remisión debe cumplir con los requisitos establecidos en su Art. 12.2, es decir, tener un nexo de nacionalidad o territorialidad con algún Estado parte del Estatuto. Este requisito no se aplica al Consejo de Seguridad, dejando esto un alto margen de apreciación a dicho órgano, y generando una serie de interrogantes sobre la legalidad de dicha disposición y sus consecuencias.

A los fines de entender a cabalidad esta potestad, así como su alcance es necesario tomar en cuenta sus antecedentes y su fundamento. En cuanto a la intervención del Consejo en temas judiciales, este dio sus primeros pasos con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, lo que ha derivado en una evolución de esta potestad ejercida como consecuencia de una interpretación extensiva de los poderes de este órgano en el marco del Art. 41 de la Carta.

Esta función, sin embargo, sigue siendo cuestionable, de allí que ante la posibilidad otorgada por el Estatuto de servir como mecanismo de activación de la jurisdicción de la Corte sea necesario analizar su fundamento para determinar los límites de dicha potestad. Asimismo, cuáles son los requisitos establecidos en el Estatuto para el ejercicio de la misma.

1. Contenido y requisitos para su ejercicio

El Art. 13 del Estatuto define los legitimados para activar el ejercicio de la competencia de la Corte:

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

- a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
- b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
- c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

Dicha disposición debe leerse en concordancia con el contenido del Art. 12.2 del Estatuto, el cual determina las condiciones previas para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte, las cuales representan los nexos jurisdiccionales requeridos para que un caso entre en el ámbito de competencia de la misma:

1. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:
 - a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;
 - b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

Como se desprende del contenido de los artículos citados, dichos límites se aplican sólo a las remisiones realizadas por un Estado parte o cuando la Fiscalía inicie una investigación *motu proprio*. El Consejo de Seguridad es el legitimado para referir casos en donde no se encuentre alguno de los nexos jurisdiccionales requeridos por el Estatuto.

Los pre-requisitos en razón del lugar y la persona (previstos en el sentido de una limitación basada en la nacionalidad del individuo y en el territorio donde ocurra

el crimen) para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte, según lo previsto en el Art. 12.2, no aplican en el caso de remisiones por el Consejo de Seguridad. Esto permite a la Corte proceder aun cuando ninguno de los Estados que podrían estar vinculados o tener tradicionalmente la jurisdicción haya ratificado el Estatuto o aceptado su jurisdicción.

Esta potestad, en teoría, encuentra su límite en el hecho que requiere una resolución formal del Consejo de Seguridad, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta. Por consiguiente, tan sólo cuando exista una amenaza o un quebrantamiento de la paz o a la seguridad internacionales, y el Consejo así lo constate, podrá hacer uso de su legitimación activa ante la Corte. En este sentido, dicha resolución será vinculante para cualquier Estado, incluso el Estado interesado, lo que, tal como lo plantea Escobar Hernández justificaría la única excepción contemplada en el Estatuto al principio de la primacía de la voluntad estatal en el proceso de otorgamiento de la jurisdicción de la Corte.⁶⁹

Además de lo antes planteado, que se deduce del propio contenido del Art. 13 b), no se desprenden del Estatuto otros requisitos o método para su ejercicio. Se esperaba que en el Acuerdo de relación entre la Corte y las Naciones Unidas hubiese algún desarrollo sobre el ejercicio de esta potestad, sin embargo, no fue así. Como en la potestad de suspensión sólo se mencionó que la decisión junto con los documentos pertinentes, será transmitida por el Secretario General al Fiscal y que la Corte se compromete a mantener informado al CS de sus avances, por vía del Secretario General.⁷⁰

Sobre este aspecto hay que destacar que, la necesidad de calificación de una situación como una amenaza o quebrantamiento de la paz por el Consejo de Seguridad, para el ejercicio de la potestad de remisión de situaciones, no es un límite en sí mismo para su ejercicio. Un caso que se encuentre dentro del ámbito de competencia material de la Corte representa, obviamente, un quebrantamiento

⁶⁹ Escobar Hernandez, Concepción, *op. cit.*, pp. 36-37; Quesada Alcalá, Carmen, *op. cit.*, p. 294.

⁷⁰ Texto negociado del proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, Resolución ICC-ASP/3/Res.1, aprobada por consenso en la tercera sesión plenaria, celebrada el 7 de septiembre de 2004, entrada en vigor el 4 de octubre de 2004, Art. 17.1. Cooperación entre el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Corte.

a la paz y a la seguridad internacionales, agregando que el Consejo tiene gran flexibilidad para calificar o no una situación como una amenaza o quebrantamiento de la paz aun cuando no los sea, ya que no existen definiciones.

2. Antecedentes de la potestad de remisión: la intervención judicial internacional

Se ha planteado que la legitimación reconocida al Consejo de Seguridad no es totalmente innovadora, ya que, se sitúa en el plano de las competencias que dicho órgano ya ha ejercido con ocasión de la constitución de los Tribunales Penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, denominándose intervención judicial internacional.⁷¹

En teoría, el poder del Consejo de Seguridad para ejecutar una intervención judicial internacional deriva de la Carta, específicamente del Art. 41, y no estaría afectado por el Estatuto de la CPI. Legalmente hablando, el Consejo podría establecer más tribunales *ad hoc* si considera que son una medida eficaz para cumplir su objetivo principal: el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

En este sentido Bergsmo plantea que sería poco realista esperar que el Consejo abandonase este instrumento, especialmente si la remisión de una situación a la CPI, no llega a ser igualmente efectiva que una intervención judicial internacional.⁷² Asimismo, se presume que el otorgamiento de poderes a la Corte a través de las remisiones del Consejo en el marco del Capítulo VII, debería reforzar el régimen de cooperación de los Estados.⁷³

Ahora bien, no existe ninguna norma en la Carta que otorgue de manera expresa al Consejo de Seguridad la potestad de intervención judicial internacional, ya que, la misma es producto de una interpretación extensiva de los poderes concedidos a este órgano en el marco del Capítulo VII de la Carta. Como

⁷¹ Escobar Hernandez, Concepción, *op. cit.*, p. 37.

⁷² Bergsmo, Morten, "Occasional remarks on certain state concerns about the jurisdictional reach of the International Criminal Court, and their possible implications for the relationship between the Court and the Security Council", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 69, 2000, p. 110.

⁷³ Arbour, Louise y Bergsmo, Morten, "Conspicuous absence of jurisdictional overreach" en von Hebel *et al.*, (Eds.) *Reflections on the International Criminal Court: Essays in honour of Adriaan Bos*, The Hague, Cambridge, T.M.C. Asser Press, Kluwer Law International, 1999, p. 13.

fundamento de dicha potestad, es citada frecuentemente la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY en el Caso Tadic, sobre la moción de la defensa con respecto a la jurisdicción, en donde se discute justamente el asunto del fundamento jurídico de las potestades del Consejo de Seguridad para la creación de un tribunal internacional.⁷⁴

El texto de dicha decisión, junto con el informe que previamente había sido elaborado por el Secretario General, plantean la legalidad de dicha acción lo que ha sentado las bases para el establecimiento de la potestad de intervención judicial internacional.⁷⁵ Claro está que, la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* es un medio auxiliar para la determinación de reglas de derecho, pero además es poco probable que se hubiese fallado en contra de la legalidad de sus resoluciones de creación, ya que, esto hubiese implicado la desaparición de dichos tribunales.

También es cierto que la Carta otorga al CS en su Art. 29 la posibilidad de establecer órganos subsidiarios, si lo estima necesario para el desempeño de sus funciones. En su informe sobre la creación del TPIY, el Secretario General planteó que efectivamente el Consejo de Seguridad, en el marco del capítulo VII, podía crear un órgano subsidiario en los términos del artículo 29 de la Carta. También estableció que dicho órgano actuaría de forma independiente de consideraciones políticas y no estaría sujeto al control del Consejo, sin embargo, en su período de existencia estaría ligado al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en el territorio de la Ex-Yugoslavia y a las decisiones de Consejo relacionadas con el mismo, al ser el resultado de una medida en el marco del Capítulo VII de la Carta.⁷⁶

Ante esto la pregunta es si los tribunales *ad hoc* cumplen realmente con el requisito del artículo 29 de la Carta. Su función es impartir justicia no el mantenimiento de la paz, que es la función primordial del Consejo de Seguridad, y sobre la cual puede establecer órganos subsidiarios, por cuanto el artículo

⁷⁴ Yee, Lionel, "The International Criminal Court and the Security Council: Articles 13 (b) and 16", en Roy, Lee (Ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 147.

⁷⁵ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 02 de octubre de 1995, ICTY (Appeals Chamber), párr. 40; Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), presented 3 may 1993 (S/25704), párr. 24.

⁷⁶ Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), presented 3 may 1993 (S/25704), párr. 28.

mencionado permite la creación de los mismos para el mejor desempeño de sus funciones, entre las cuales, sin duda, no está la función judicial.

Sobre un caso similar se pronunció la CIJ con respecto a la Asamblea General decidiendo que ésta no podía establecer un órgano judicial porque dicho órgano no tenía funciones judiciales⁷⁷ Si bien ya no se discute sobre la legalidad de la creación de los tribunales *ad hoc* no es menos cierto que su creación estuvo basada en una decisión política y no jurídica, la cual luego se trató de convertir en jurídica buscando una base legal.

Hay quienes, sin embargo, a luz de buscar encajar dicha actuación en el marco de la legalidad han esgrimido que, en todo caso el fundamento jurídico para la constitución de estos órganos subsidiarios de carácter judicial fue el Art. 7.2 de la Carta que establece la posibilidad de creación de órganos subsidiarios, por parte de los órganos principales de Naciones Unidas, sin ningún límite.⁷⁸ Sin embargo, esto representa una interpretación errónea del contenido de dicho artículo, ya que, este dispone que la creación de dichos órganos subsidiarios debe hacerse de conformidad con las disposiciones de la Carta, por lo que debe leerse en conjunto con el Art. 29 y no verse como dos potestades diferentes.

En todo caso, que el establecimiento de tribunales en una situación de conflicto pudiese contribuir con el restablecimiento de la paz, sería realmente una consecuencia tangencial de su verdadera labor, consecuencia que en todo caso no se asegura por el mero hecho de su creación. En el caso del TPIY, este fue establecido en 1993 y sin embargo hasta 2001, seguían los enfrentamientos en la zona, por lo que se comprueba que en sí misma no es una medida disuasoria en el caso de conflictos en curso, sino que por el contrario su funcionalidad es *a posteriori*, para permitir el mantenimiento y consolidación de la paz en el marco de la justicia transicional.

⁷⁷ Efectos de los Fallos del Tribunal administrativo de las Naciones Unidas en los que se fija indemnizaciones, Opinión consultiva del 13 de julio de 1954, p. 61; Zemanek, Karl, "The legal foundations of the international system", *Recueil des Cours*, Tomo 266, 1997, p. 206.

⁷⁸ Sobre esta posición ver: Aksar, Yusuf, *Implementing international humanitarian law. From the ad hoc tribunals to a permanent International Criminal Court*, London and New York, Routledge, 2004, p. 344.

El Consejo de Seguridad no sólo ha reafirmado esta potestad de intervención judicial internacional, sino que, mantiene su poder de establecer nuevos tribunales *ad hoc* aún con la entrada en vigor del Estatuto de Roma.⁷⁹ Esta facultad de intervención judicial internacional ha evolucionado, lo que se manifiesta en la constitución de los llamados tribunales mixtos o internacionalizados.

Desde el año 2000, la comunidad internacional, enfrentada a situaciones que ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales, ha intentado refinar su política legal alejándose los de tribunales penales internacionales y nacionales para dirigirse hacia tribunales de composición mixta. Los estatutos y reglas de estas cortes forman una mezcla entre el derecho nacional y el internacional, están compuestos tanto por jueces internacionales como por jueces del Estado involucrado.

Bergsmo considera que en la medida que la intervención judicial internacional puede contribuir a la reconciliación de una zona de conflicto y al restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales, es natural que el Consejo de Seguridad, como órgano cuya responsabilidad primordial es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tenga la capacidad para remitir situaciones a la Corte Penal Internacional. En el caso de las remisiones por el Consejo, este usaría a la CPI, como un instrumento para el ejercicio de su función principal propia como una medida que contribuya al restablecimiento y mantenimiento de la paz en el área específica en conflicto.⁸⁰

Sobre este aspecto, sin embargo, se hablará más adelante con mayor detalle, ya que existen diversos ejemplos en el uso de estos órganos judiciales de carácter mixto, posteriores además a la firma del Estatuto de Roma y su entrada en vigor, lo cual lleva a la reflexión acerca de la potestad de remisión del Consejo, ya que, como plantean algunos de los autores citados parece que el Consejo prefiere continuar con el uso de esta potestad de intervención judicial que se ha auto-asignado.

3. Fundamento de la potestad de remisión de situaciones sin nexo jurisdiccional

⁷⁹ Bergsmo, Morten, "Occasional remarks on...", *cit.*, Vol. 69, 2000, p. 110.

⁸⁰ Bergsmo, Morten, "The jurisdictional regime of the International Criminal Court (Part II, Articles 11-19)", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6, Iss. 4, 1998, p. 36.

con la CPI

Habiendo analizado la llamada potestad de intervención judicial internacional se ha podido observar que algunos autores consideran que es una potestad inherente al Consejo de Seguridad y que en este sentido el Art. 13 b) no le da ningún poder, sino que meramente se hace eco de un poder del que este disfruta de conformidad con la Carta.⁸¹

El Estatuto, por lo tanto, no estaría en realidad creando o confiriendo algún tipo de facultad al Consejo de Seguridad, sino que sólo pone de manifiesto un poder ya existente, no siendo entonces esta norma constitutiva de una facultad sino mera declarativa. Incluso se ha llegado a afirmar que de no existir dicha disposición en el Estatuto, igualmente, la potestad de remisión podría ser ejercida por el Consejo de Seguridad, ya que es inherente a él, por lo que en vez de crear tribunales *ad hoc* le bastaría con usar la jurisdicción permanente de la Corte, si así lo decidiera.⁸²

La razón para tales consideraciones viene dada por el planteamiento de que su fundamento real se encuentra en la Carta de Naciones Unidas, específicamente, en su artículo 41, el cual establece que *“el Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones.”*

Lo anterior sustentado además por lo expresado en la sentencia del Caso Tadic, en la cual se determinó que, el Consejo de Seguridad gozaba de un amplio margen de discreción a la hora de elegir el medio para afrontar una situación que constituyese una amenaza para la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, y que, por tanto dicha potestad sería una manifestación o el mero ejercicio a través de un nuevo instrumento, es decir, la Corte, de la intervención judicial internacional antes examinada.⁸³

En este sentido Condorelli y Villalpando reafirman esta postura según la cual la fuente de la autoridad del Consejo de Seguridad para valerse de la Corte debe encontrarse en la Carta, y que puede ser lógicamente vinculada con su poder de

⁸¹ Bergsmo, Morten, “Occasional remarks on...”, *cit.*, p. 94.

⁸² Escudero Espinosa, Juan Francisco, *op. cit.* p. 156.

⁸³ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 02 de octubre de 1995, ICTY (Appeals Chamber), párr. 2.

crear tribunales penales internacionales *ad hoc* de conformidad con el Capítulo VII. Asimismo, plantean que la remisión *per se* no disminuye el requisito de independencia de la Corte, ya que, el Consejo de Seguridad la usa como instrumento para el ejercicio de su propia función principal, sin interferir con la actividad judicial subsiguiente.⁸⁴

Por lo antes planteado es que se considera que todos los Estados quedan cubiertos por esta potestad, aun cuando no hayan firmado el Estatuto, siempre que sean miembros de Naciones Unidas, ya que, estarían obligados a cumplir la disposición del Consejo de conformidad con el contenido del Art. 25 de la Carta, según el cual los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad, no siendo entonces, el Estatuto la fuente de esta potestad.

Según Olásolo el hecho que la CPI tenga jurisdicción plena o de grado máximo cuando la misma es activada por el Consejo de Seguridad, es consecuencia lógica de que dicho órgano sea el principal órgano político de la comunidad internacional encargado del mantenimiento y restablecimiento de la paz y seguridad internacionales. Por lo que parece lógico que para la consecución de sus fines deba cooperar con el órgano jurisdiccional interestatal que ha sido creado para investigar y enjuiciar aquellos delitos que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.⁸⁵

Si bien es cierto que lo planteado anteriormente representa una interpretación mayoritaria, no es menos cierto que su fundamento jurídico es dudoso, por lo que se plantea, en sentido contrario, que el fundamento de la potestad de remisión de situaciones del Consejo de Seguridad se encuentra en el Estatuto y no en la Carta.

Con motivo de la creación de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, Koskenniemi planteaba que las nuevas actividades del Consejo de Seguridad habían ocasionado la primera gran crisis constitucional en las Naciones Unidas desde la Resolución Unión Pro Paz. Esta vez la crisis era en la dirección

⁸⁴ Condorelli, Luigi y Villalpando, Santiago, "Referral and Deferral...", *cit.*, p. 630.

⁸⁵ Olásolo, Héctor, *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 159-160.

opuesta. No era la Asamblea tratando de ocuparse de problemas de orden, sino el Consejo de Seguridad intentado ocuparse de problemas de justicia internacional.⁸⁶

Evidentemente, este planteamiento sigue vigente, en especial cuando acudimos a una nueva era de internacionalización del poder judicial y de judicialización del derecho internacional, puesta de manifiesto en la creación de múltiples jurisdicciones penales especiales.⁸⁷ Se suponía, sin embargo, que la creación de la Corte Penal Internacional pondría fin a esta práctica, convirtiéndose en el órgano central en la materia, por ello la amplia habilitación otorgada en el Estatuto al Consejo de Seguridad.

La potestad de remisión se presume que debe considerarse una medida apropiada para restablecer o mantener la paz y seguridad internacionales, considerándola como potestad derivada de los poderes del Consejo de conformidad con el Capítulo VII de la Carta. Esta determinación pone de relieve la pregunta clásica de si la justicia internacional puede constituir una medida apropiada para lograr la paz internacional.⁸⁸

En la actualidad hay una opinión consolidada acerca de la relación entre la justicia y el mantenimiento de la paz, específicamente en las situaciones post conflicto armado en donde lo que se pretende es la reconciliación y facilitar la transición entre una situación y otra. Sin embargo, hay una gran diferencia entre usar la justicia como un medio de mantenimiento de la paz, y usarla como un medio para detener un conflicto armado, como ha intentado el Consejo de Seguridad en el caso de los conflictos en Sudán y Libia al remitir la situación a la Corte Penal Internacional.

IV. EL PAPEL DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN

⁸⁶ Koskeniemi, Martti, "The police in the temple. order, justice and the UN: A dialectical view", *European Journal of International Law*, Vol. 6, 1995, p. 341.

⁸⁷ Ratner, Steven, "The International Criminal Court and the limits of global judicialization", *Texas International Law Journal*, Vol. 38, 2003, p. 445; Hernandez, Gleider, "The judicialization of international law: reflections on the empirical turn", *European Journal of International Law*, Vol. 25, No. 3, 2014, p. 919;

⁸⁸ Condorelli, Luigi y Villalpando, Santiago, "Referral and Deferral...", *cit.*, p. 632.

Cuando se adoptó el Estatuto de Roma en 1998 se estableció en su Art. 5 los crímenes que son competencia de la Corte, entre ellos el crimen de agresión. Sin embargo, dicho crimen, a diferencia de los otros no fue definido, ya que no se pudo llegar a un consenso en la Conferencia de Roma. Por esta razón se agregó a este artículo el siguiente párrafo:

La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

En este sentido, a los fines de elaborar la definición de dicho crimen era relevante el contenido del Art. 39 de la Carta de Naciones Unidas el cual dispone que *“el Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión...”*. De allí el énfasis en que la definición del crimen de agresión sea compatible con la Carta, ya que no existe crimen de agresión si no hay primero un acto de agresión, que como se deriva del texto citado debe ser determinado por el Consejo de Seguridad.

Como puede observarse, por un lado, se encuentra la potestad concedida al Consejo de Seguridad por la Carta de Naciones Unidas y por el otro el mandato dado a la Corte con respecto al crimen de agresión. Si bien ambos órganos tienen ámbitos de competencia diferentes, ya que el Consejo se pronuncia sobre la actuación de Estados, y por ende sobre la existencia de un acto de agresión, y la Corte sobre la actuación de individuos, es decir sobre la comisión de un crimen de agresión, igualmente se encuentran interrelacionados, puesto que la comisión de un crimen de agresión por un individuo se hace en el marco de un acto de agresión ejecutado por un Estado, por lo que uno contiene al otro.

En este sentido, se hará un breve análisis de la evolución de la definición del crimen de agresión en el derecho internacional contemporáneo, concluyendo con la definición hecha en la Conferencia de Revisión en Kampala. Posteriormente, se

analizan las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre este crimen, y en este sentido el papel dado al Consejo de Seguridad como mecanismo de activación de la jurisdicción de la Corte en estos casos.

1. La definición y activación del crimen de agresión

Desde los Tribunales de Nuremberg y Tokio, no se ha tipificado a nivel internacional el crimen de agresión. Si bien han surgido situaciones que se han calificado como actos de agresión, éstas sólo incluyen la responsabilidad estatal, sin individualizarse los crímenes cometidos. Sólo hasta la creación del Tribunal Especial Iraquí, hemos visto el resurgimiento de este delito. El Art. 14 c) del Estatuto de este Tribunal establece:

The Tribunal shall have the power to prosecute persons who have committed the following crimes under Iraqi law: [...] The abuse of position and the pursuit of policies that may lead to the threat of war or the use of the armed forces of Iraq against an Arab country, in accordance with Article 1 of Law Number 7 of 1958, as amended.

Finalmente, vuelve a tomar relevancia la definición de este crimen con la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en cuyo artículo 5 donde se enumeran los crímenes de competencia de la Corte se incluye el crimen de agresión. Sin embargo, hubo que esperar hasta la Primera Conferencia de Revisión realizada en Kampala entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010, celebrada de conformidad con lo establecido en el Art. 123 del Estatuto, para que finalmente fuese definido este crimen y establecidas las condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte.

La definición aprobada fue la siguiente:

Art. 8 bis

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir

efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.⁸⁹

La Conferencia basó la definición del crimen de agresión en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre 1974, aunque también se asemeja a la definición hecha en la Carta de Londres. Asimismo, la definición de acto de agresión sigue el lenguaje del Art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y los actos considerados como agresión siguen la enumeración hecha por la Asamblea General en la Resolución 3314.⁹⁰

Ahora bien, con respecto al momento de entrada en vigor de las enmiendas, se han agregado requisitos adicionales, entre ellos la aceptación de treinta (30) Estados y la decisión de la Asamblea de Estados Partes a tal fin:⁹¹

4. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.

5. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

Se discutió si esto era efectivamente posible y si no implicaría una enmienda al Art. 121.5. Sin embargo, ya que la resolución aprobatoria de las enmiendas fue

⁸⁹ Resolución RC/Res. 6, Aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, Anexo I Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión, párr. 2.1.

⁹⁰ Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales, párr. 33.

⁹¹ Resolución RC/Res. 6, Aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, Anexo I Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión, Art. 15 bis 4º y 5º.

adoptada por consenso parece ser clara la voluntad de los Estados miembros de proceder de esta manera.⁹² Efectivamente, el 14 de diciembre de 2017 fue adoptada por consenso en la decimotercera sesión plenaria, la Resolución ICC-ASP/16/Res.5 sobre la activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión, en la cual se decidió activar la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión a partir del 17 de julio de 2018.

2. El papel del Consejo de Seguridad en materia de agresión en la Corte

La relación entre el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional, que fue uno de los aspectos que impidió la definición del crimen de agresión al momento de aprobarse el Estatuto, parece haber sido resuelta en la Conferencia de Revisión de Kampala, y tuvo como resultado, entre otras la Resolución RC/Res.6 sobre el crimen de agresión, la cual contiene las enmiendas acordadas al Estatuto y a los elementos de los crímenes para su inclusión.

Con respecto al ejercicio de la competencia de la Corte, se hizo una división entre los requisitos para las remisiones por un Estado o el inicio de investigaciones *proprio motu* por el Fiscal y las remisiones hechas por el Consejo de Seguridad. Sobre las primeras se estipuló en el Art. 15 *bis* que:

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.

(...)

5. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo.

6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en

⁹² Heinsch, Robert, "The crime of aggression after Kampala: Success or burden for the future?", *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, No. 2, 2010, p. 737.

primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.

7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión.

8. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16.

9. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

En efecto, uno de los aspectos neurálgicos con respecto al crimen de agresión, no fue sólo su definición sino el procedimiento para el ejercicio de la competencia de la Corte sobre este crimen, lo que se conoce como filtro jurisdiccional. El debate se basaba en una controversia sobre el papel del Consejo de Seguridad para determinar la existencia de un acto de agresión. Aun cuando el debate es esencialmente político, está relacionado con la interpretación de la potestad conferida al Consejo en la Carta sobre la determinación de la existencia de un acto de agresión. Por lo que el centro de la discusión era la exclusividad o no de la autoridad del Consejo para realizar tal determinación.⁹³

Uno de los mayores logros de la Conferencia fue justamente la separación de la definición del crimen de agresión, de las condiciones para el ejercicio de la

⁹³ Human Rights Watch, 2010, *Making Kampala Count. Advancing the Global Fight against Impunity at the ICC Review Conference*, HRW, p. 97.

jurisdicción, ya que se proponía que fuese el Consejo de Seguridad (o en su defecto la Asamblea General o la CIJ) quien definiera la existencia de un acto de agresión y que dicha declaración fuese vinculante para la Corte y por ende necesaria para el inicio de su actividad.⁹⁴

Por otro lado, la mayoría de los Estados han señalado que el Art. 24 de la Carta confiere la responsabilidad primordial al Consejo de mantener la paz y la seguridad internacionales, y que primordial no es sinónimo de exclusividad.⁹⁵ La Corte a los fines de mantener su independencia no puede someterse a las decisiones del Consejo de Seguridad, ya que este, efectivamente podría bloquear su actividad.⁹⁶

Este bloqueo puede darse por el ejercicio del derecho a veto de alguno de sus miembros permanentes, como por el hecho que el Consejo desde su creación hasta la fecha ha definido en muy escasas ocasiones un acto de agresión, e incluso en estas situaciones lo ha hecho con un lenguaje ambiguo.⁹⁷ Esto tiene especial repercusión en el derecho a la defensa de los acusados por cuanto, ante una definición hecha por el Consejo de Seguridad, ¿cómo podría cuestionarse el elemento principal para la definición del crimen?

De allí que cobre tanta importancia lo dispuesto en el párrafo 9 del Art. 15 *bis* que establece que la determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte, lenguaje que es crucial para mantener la presunción de inocencia y mantener la carga de la prueba en la Fiscalía.⁹⁸ Así, en el caso que el Consejo determine que

⁹⁴ Clark, Roger, "The Review Conference on the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, Uganda, 31 May-11 June 2010", *Australian International Law Journal*, Vol. 16, 2009, p. 17.

⁹⁵ *Idem*; Clark, Roger, "Negotiating provisions defining the crime of aggression, its elements and the conditions for ICC exercise of jurisdiction over it", *European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 4, 2009, p. 1113; Clark, Roger, "Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010", *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, No. 2, 2010, pp. 699-700; Blokker, Niels, "The crime of aggression and the UN Security Council", *Leiden Journal of International Law*, Volume 20, Issue 4, December 2007, p. 878.

⁹⁶ Schaeffer, Robert, "The audacity of compromise: The UN Security Council and the pre-conditions to the exercise of jurisdiction by the ICC with regard to the crime of aggression", *International Criminal Law Review*, Vol. 9, Issue 2, 2009, p. 414.

⁹⁷ Paulus, Andreas, "Peace through justice? The future of the crime of aggression in a time of crisis", *The Wayne Law Review*, Vol. 50, No. 1, spring 2004, p. 5.

⁹⁸ Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de

ha ocurrido un acto de agresión tal conclusión no será vinculante para la Corte, la cual puede hacer su propia determinación.⁹⁹

Pero lo más importante, es que aun cuando el Consejo de Seguridad no haya declarado la existencia de un acto de agresión la Corte puede hacerlo siguiendo los elementos del Estatuto. Claro está que, la definición de agresión en el Estatuto de la Corte sería exclusivamente para los efectos de determinar la responsabilidad internacional del individuo presunto responsable, no para determinar si un Estado ha cometido un acto de agresión y, por tanto, la facultad del Consejo de Seguridad de la ONU no se vería afectada.¹⁰⁰ Tampoco implicaría la responsabilidad internacional del Estado, pero sin duda podría influir en tal determinación.

Por otro lado, en el párrafo 8 también se hace referencia a la posibilidad de que el Consejo pueda suspender la investigación, de conformidad con el Art. 16 del Estatuto. En este punto nos encontramos con el mismo inconveniente que ha sido planteado con respecto al momento en el que efectivamente el Consejo puede ejercer esta potestad. En el caso de una investigación, sólo se podría solicitar que ésta no se iniciara, una vez que la Sala de Cuestiones Preliminares haya otorgado la correspondiente autorización al Fiscal para iniciarla, no antes como parece sugerirse del texto del artículo.

En cuanto a las remisiones hechas por el Consejo de Seguridad se estableció que:

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.

(...)

4. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de

agresión, Quinto período de sesiones, 5 de septiembre de 2006, ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1, parr. 71.

⁹⁹ Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, Sexto período de sesiones, 13 de diciembre de 2007, ICC-ASP/6/SWGCA/1, parr. 24.

¹⁰⁰ Vallarta Marrón, José Luis, "La incorporación del crimen de agresión en el Estatuto de La Corte Penal Internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 2011, p. 444.

la Corte en virtud del presente Estatuto.

5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5.

Respecto del ejercicio de la competencia de la Corte, la Conferencia convino en que el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, podría remitir a la Corte una situación en que pareciera haberse cometido un acto de agresión, independientemente de que afecte a Estados Partes o a Estados no partes.¹⁰¹ Se entiende que la Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión sobre la base de una remisión por el Consejo de Seguridad, de conformidad con el apartado b) del artículo 13 del Estatuto, independientemente de que el Estado de que se trate haya aceptado la competencia de la Corte a este respecto.¹⁰²

En cuanto al ejercicio de jurisdicción sobre el crimen de agresión con respecto a las remisiones del Consejo de Seguridad, los elementos más importantes ya han sido mencionados anteriormente. El procedimiento previsto en el artículo 15 *ter* es mucho más sencillo que el del artículo 15 *bis*: la disposición más importante es el apartado 1, que establece que *"La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo"*. Esto significa que debe cumplirse el mismo procedimiento de remisión por el Consejo de Seguridad que es usado con respecto a los otros tres delitos. Sin embargo, no es necesaria una determinación explícita del Consejo de Seguridad con respecto a la existencia de un acto de agresión.

Ahora bien, más allá del conjunto de reformas sobre el crimen de agresión y la activación de la jurisdicción de la Corte, el papel del Consejo de Seguridad cobra

¹⁰¹ Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales, párr. 34.

¹⁰² Resolución RC/Res. 6, Aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, Anexo III, Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión.

más relevancia después de emitida la resolución de activación de 14 de diciembre de 2018. Una de las grandes discusiones después de Kampala era para quién entraría en vigor efectivamente dichas enmiendas, ya que el Art. 121 establece que solo para los Estados que las acepten, pero el art. 15 *bis* 4 estableció otro sistema, la llamada cláusula *opt out*, es decir, entraría en vigor para todos los Estados partes a menos que se haga una declaración en contrario, mientras que el Art. 121 establece que es solo para los Estados que acepten dicha enmienda.

En la resolución de activación se volvió al mecanismo del Art. 121 aclarando que solo entraría en vigor para aquellos estados que la ratifiquen. Pero esto reduce aún más la posibilidad del ejercicio de la competencia sobre el crimen de agresión para la Corte, ya que, el Art. 15 *bis* 5 cambia las reglas de ejercicio de competencia con respecto a los otros crímenes. La Corte no puede ejercer su jurisdicción sobre nacionales de Estados no parte ni en sus territorios. Por lo cual, el ejercicio de la competencia sobre el crimen de agresión queda reducido a la existencia de un conflicto solo entre los 41 Estados que hasta la fecha han ratificado la enmienda sobre el crimen de agresión.

Esto deja entonces como única alternativa las remisiones hechas por el Consejo de Seguridad que tiene mayor amplitud sobre remisiones, al igual que con los otros crímenes, pudiendo incluirse remisiones sobre Estados partes que no hayan ratificado la enmienda. Sin embargo, este escenario es poco plausible ya que los únicos dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad que han ratificado el Estatuto, Francia y Reino Unido, no han ratificado la enmienda.

Como puede observarse si bien la definición y la entrada en vigor del crimen de agresión representa en teoría un gran avance en materia penal internacional, en la práctica será complicado ver efectivamente el ejercicio de esta competencia por la Corte, no sólo por las limitaciones en cuanto a su alcance territorial y personal, sino por las implicaciones para la Corte de definir la existencia de un acto de agresión.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PRÁCTICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN EL EJERCICIO DE SUS POTESTADES

I. LA POTESTAD DE SUSPENSIÓN EN LA PRÁCTICA

Como ya ha sido estudiado, en el Art. 16 del Estatuto de Roma, se otorga al Consejo de Seguridad la potestad de solicitar a la Corte que no inicie o suspenda una investigación o enjuiciamiento. Asimismo, se mencionaron los requisitos para el ejercicio de tal potestad. A continuación, se analizará el ejercicio de esta potestad en la práctica, si ha cumplido con los requisitos del Estatuto de Roma y sobre todo con el propósito de existencia de esta norma.

1. (Ab)uso del poder de suspensión: CS Res. 1422 (2002) y 1487 (2003)

La potestad de suspensión ya ha sido ejercida por el Consejo de Seguridad en dos resoluciones que, ante los requisitos descritos en el capítulo anterior, han generado un gran debate debido a lo cuestionable de su legalidad y validez a la luz de su contenido y fines según lo dispuesto en el Estatuto. En la primera de ellas, la Resolución 1422 (2002) el Consejo de Seguridad:

Actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, 1. Pide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1° de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario;

Dicha petición fue renovada en los mismos términos por la Resolución 1487 (2003), de 12 de junio, como puede observarse de su párrafo 1:

Actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas 1. Pide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1° de julio de 2003, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario.

Ahora bien, antes de proceder a realizar el análisis jurídico de las resoluciones antes citadas, es relevante entender el contexto en el que las mismas fueron dictadas. Si bien como se verá a lo largo de este análisis, distan de cumplir con los requisitos legales necesarios para su validez, responden a una serie de negociaciones y presiones políticas, que terminaron siendo su verdadero sustento. Se prefirió sacrificar la legalidad, en especial ante la ausencia de casos que cumplieren las condiciones de las mismas, frente al propio destino de las misiones de mantenimiento de paz, lo que a su vez demuestra los riesgos que representa esta disposición para la independencia y el buen funcionamiento de la Corte.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad 1422 (2002) y 1487 (2003) excluyendo la jurisdicción de la CPI son el resultado de la oposición de Estados Unidos al régimen jurisdiccional de la Corte. Las mismas representan un compromiso a las persistentes demandas de este país por evitar el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre sus nacionales que fuesen miembros de misiones de mantenimiento de paz.

Inicialmente, EEUU solicitó al Consejo de Seguridad que garantizara la inmunidad a sus soldados en Bosnia y Herzegovina de la jurisdicción de la Corte por un periodo de un año,¹⁰³ ya que, existía la preocupación de que el personal de EEUU fuese objeto de persecuciones injustificadas y políticamente motivadas por la CPI.¹⁰⁴

Debido a la falta de apoyo de esta propuesta, como medida de presión, el 30 de junio de 2002 EEUU vetó la renovación del mandato de las fuerzas de mantenimiento de paz en Bosnia y Herzegovina (UNMIBH) hasta el 31 de diciembre,¹⁰⁵ por lo que fue sólo renovado hasta el 3 de julio de ese mismo año, es decir, por tres días.¹⁰⁶ Posteriormente, el 3 de julio se renovó el mandato de la UNMIBH hasta el 15 de julio,¹⁰⁷ y finalmente, el 12 de julio se dictaron las resoluciones 1422 (2002) y 1423 (2002), la primera referida a la exclusión de los miembros de misiones de mantenimiento de paz de la jurisdicción de la CPI, en el marco del Art. 16 del Estatuto, y la segunda renovando el mandato de la UNMIBH hasta el 31 de diciembre de 2002.

Los miembros del Consejo de Seguridad argumentaron que el acuerdo logrado el 12 de julio de 2002 era necesario para contrarrestar las amenazas de EEUU de bloquear el sistema de seguridad colectiva de la Carta, ya que, no sólo había vetado la resolución inicial de renovación del mandato de la UNMIBH, sino que además sugirió que dejaría de pagar su cuota que correspondía al 25% del presupuesto de las operaciones de mantenimiento de paz de Naciones Unidas para ese momento.¹⁰⁸ Claro está, que a pesar de estas circunstancias la aprobación de esta resolución fue protestada por varios Estados.

Este escenario se repitió con la aprobación de la Resolución 1487, con la que se renovó la petición contenida en la Resolución 1422, pero en este caso con la

¹⁰³ Jain, Neha, "A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, Vol. 16, Nº 2, 2005, p. 240-241.

¹⁰⁴ Stahn, Carsten, *op. cit.*, p. 86; Weller, Marc, "Undoing the Global Constitution: UN Security Council Action on the International Criminal Court", *International Affairs*, Vol. 78, Nº 4, 2002, p. 706.

¹⁰⁵ S/PV.4563, Security Council, 4563rd meeting Sunday, 30 June 2002, 5 p.m. New York, p. 3.

¹⁰⁶ Ver CS Res. 1420 de fecha 30 de junio de 2002 sobre la situación en Bosnia y Herzegovina.

¹⁰⁷ Ver CS Res. 1421 de fecha 3 de julio de 2002 sobre la situación en Bosnia y Herzegovina.

¹⁰⁸ Stahn, Carsten, *op. cit.*, p. 86. En la actualidad EEUU contribuye con un 27,89% del presupuesto total establecido para las misiones de paz, <https://peacekeeping.un.org/en/how-we-are-funded>.

abstención de Francia, Alemania y Siria. La resistencia a la aprobación de la misma fue aún mayor que en el caso anterior, planteándose además la preocupación que esta práctica se convirtiese en algo habitual, en especial por las implicaciones con respecto a la actividad de la Corte. Esto se evidencia entre otras cosas en las declaraciones del Secretario General al inicio de la sesión del Consejo de Seguridad para la aprobación de la resolución 1487:

Al adoptar esa decisión el Consejo estará invocando una vez más el artículo 16 del Estatuto de Roma. Entiendo que el propósito de ese artículo no era abarcar una solicitud de tal envergadura sino una más precisa relativa a una situación concreta.

No obstante, deseo que conste en actas que, además de albergar reservas sobre su conformidad con el artículo 16 del Estatuto de Roma, considero que la petición no es necesaria. (...)

(...) las personas que prestan servicios en misiones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas siguen estando bajo la jurisdicción de sus Estados de origen. Cuando quiera que se acuse a una de ellas de cometer un delito durante una misión, dicha persona es repatriada de inmediato y los tribunales nacionales de su propio país se ocupan de su causa.

(...) En virtud del artículo 17 del Estatuto de Roma, ninguna causa es admisible en la CPI si ya ha sido o es objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre ella y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

(...) No obstante, permítaseme manifestar la esperanza de que esto no se convierta en una rutina anual. De ser así, me temo que la interpretación que le daría el mundo a ello es que el Consejo desea reclamar inmunidad absoluta y permanente para las personas que presten servicios en las operaciones que establece o autoriza. De ocurrir esto, se socavaría no sólo la autoridad de la CPI y la autoridad del

Consejo, sino también la legitimidad de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.¹⁰⁹

A pesar de la amplia discrecionalidad que posee el Consejo de Seguridad, en el caso de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003), es debatible si había en efecto alguna amenaza a la paz que justificara la exclusión de la jurisdicción de la CPI, así como su compatibilidad con el Art. 39 de la Carta de Naciones Unidas y con el mismo Art. 16 del Estatuto.

La emisión de resoluciones vinculantes en el marco del Capítulo VII de la Carta implican, en principio, la determinación de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión. Una vez comprobada esta situación, el Consejo tiene un amplio margen de actuación para la aplicación de las medidas que considere apropiadas para el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por esta razón las interrogantes que surgen al analizar estas resoluciones son: ¿Había una amenaza o un quebrantamiento de la paz en los términos de la Carta? ¿Era esta exclusión de miembros de misiones de paz de la jurisdicción de la CPI una medida apropiada?

La única amenaza era que el mandato de la UNMIBH no fuese renovado, y la sugerencia de que este hecho en sí mismo pudiese constituir una amenaza a la paz y seguridad internacionales es dudosamente válida. Más aún es dudoso, cómo la exclusión de los miembros de misiones de paz de la jurisdicción de la Corte puede estar vinculada a una amenaza a la paz según lo dispuesto en el Art. 39 de la Carta, lo que es un pre-requisito para la aplicación del Capítulo VII.¹¹⁰

Aunque el Consejo de Seguridad no llegó al punto de calificar la potencial persecución de miembros de misiones de paz por la Corte como una amenaza a la paz, el contenido de los párrafos 6 y 7 de las resoluciones en estudio plantea una cercanía con esa determinación. Sólo un vínculo muy general con el Art. 39 de la Carta podría derivarse del párrafo 6 del preámbulo de las resoluciones, donde el Consejo señala que “*las operaciones establecidas o autorizadas por el Consejo de*

¹⁰⁹ Intervención del Secretario General de Naciones Unidas en la 4772a sesión del Consejo de Seguridad (S/PV.4772) celebrada el jueves 12 de junio de 2003.

¹¹⁰ Stahn, Carsten, *op. cit.*, p. 87; Bollo Arocena, María Dolores, *op. cit.*, p. 390.

Seguridad de las Naciones Unidas se despliegan para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.”

Aún más significativa es la referencia del Consejo en el párrafo 7, sobre como *“redunda en interés de la paz y la seguridad internacionales dar facilidades a los Estados Miembros para que puedan contribuir a las operaciones establecidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.”* Aunque dar facilidades no implica una posible inmunidad frente a una jurisdicción internacional si así procede.

De estas resoluciones se deriva que la amenaza a la paz parece estar menos basada en la existencia de una situación conflictiva específica que en la potencial inhabilidad de las Naciones Unidas de tratar futuras amenazas sin personal de Estados Unidos. Tal asunción suscita serias preocupaciones, porque en última instancia implica que la falta de contribución de tropas a las misiones de paz de Naciones Unidas es en sí misma una amenaza a la paz. Cualquier generalización de este principio convertiría al Art. 39 de la Carta en algo sin límites. Por lo que no es una sorpresa que tal interpretación de la noción de amenaza a la paz haya encontrado grandes críticas por varios Estados al momento de las votaciones de estas resoluciones.

Algunos Estados manifestaron su preocupación ante el hecho que se tomaran medidas sin ninguna amenaza aparente a la paz y la seguridad, requisito indispensable para la activación de las medidas del Capítulo VII de la Carta por el Consejo de Seguridad y del propio Art. 16 del Estatuto. Como se mencionó anteriormente, de conformidad con el Art. 39 de la Carta es necesaria la determinación de la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, y en el momento de dictarse ambas resoluciones esta condición no se había cumplido.¹¹¹

¹¹¹ Consejo de Seguridad, 4568ª sesión, miércoles 10 de julio de 2002, New York, S/PV.4568, declaración del representante de Alemania, Sr. Schumacher, declaración del representante de Samoa, Sr. Slade; Consejo de Seguridad, 4772ª sesión, jueves 12 de junio de 2003, New York, S/PV.4772, declaración del representante de Canadá, Sr. Heinbecker, declaración del representante de Trinidad y Tobago, Sr. Edghill.

A pesar de lo antes planteado, y de la evidente falta de conformidad con la Carta de las resoluciones en estudio, sigue siendo potestativo del Consejo de Seguridad la determinación de la existencia de una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, y por tanto fuera del alcance del control de la Corte. Sin embargo, otro aspecto que hace más evidente la discordancia entre estas resoluciones y el Estatuto es la ausencia de identificación de una investigación o enjuiciamiento concretos, tal como lo dispone su Art. 16, ya que es sólo en este sentido que puede ejercerse dicha potestad.

En efecto, la adecuación de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) a los requisitos del Art. 16 del ER es cuestionable. Si bien este artículo indudablemente permite que el Consejo de Seguridad ponga fin a las investigaciones y acusaciones por un período de doce (12) meses, su texto y su historial de negociaciones dejan claro que está pensado para utilizarse caso por caso y en referencia a situaciones particulares, para permitir al Consejo de Seguridad defender los intereses en pro de la paz, en caso de darse un colisión temporal entre la solución de un conflicto armado, por un lado, y la aplicación de justicia por el otro.

Aquí no se origina ningún conflicto entre los dos. Por lo que los intentos de acogerse al procedimiento establecido en el artículo 16 del Estatuto de Roma en una resolución genérica sin responder a una situación específica y de manera continuada, para imponer previamente una inmunidad general no guarda coherencia con los términos y el propósito de ese artículo.¹¹²

2. Inmunidad selectiva: la exclusión de los miembros de misiones de paz de Estados no partes del Estatuto de Roma.

¹¹² MacPherson, Bryan, "Authority of the Security Council to Exempt Peacekeepers from International Criminal Court Proceedings", *ASIL Insights*, Julio, 2002, <http://www.asil.org/insigh89.cfm>; Jain, Neha, *op. cit.*, p. 247; Schabas, William, *op. cit.*, p. 169; Quesada Alcalá, Carmen, *op. cit.*, pp. 124 y 301; Consejo de Seguridad, 4568ª sesión, miércoles 10 de julio de 2002, New York, S/PV.4568, declaración del representante de Canadá, Sr. Heinbecker, declaración del representante de Brasil, Sr. Fonseca, declaración del representante de Mauricio, Sr. Koonjul, declaración del representante de Samoa, Sr. Slade, declaración del representante de Nueva Zelanda, Sr. MacKay, declaración del representante de México, Sr. Aguilar Zinser; Consejo de Seguridad, 4772ª sesión, jueves 12 de junio de 2003, New York, S/PV.4772, declaración del representante de Trinidad y Tobago, Sr. Edghill, declaración del representante de Suiza, Sr. Staehelin, declaración del representante de Liechtenstein, Sr. Wenaweser, declaración del representante de los Países Bajos, Sr. Van der Berg.

Las resoluciones antes estudiadas, así como la resolución 1497 (2003) y las resoluciones de remisión de las situaciones de Sudán y Libia, tienen en común la exclusión de determinada categoría de personas de la jurisdicción de la Corte. A continuación, se analizará brevemente el contenido de estas resoluciones y su fundamento, para determinar su compatibilidad con el contenido del Estatuto de Roma.

La Resolución 1497 (2003), dictada el 1º de agosto es aún más controversial que sus predecesoras. En dicha resolución se autoriza a los Estados miembros, con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, a establecer una fuerza multinacional en Liberia para respaldar la aplicación del acuerdo de cesación del fuego de 17 de junio de 2003, pero además decide, como se deriva del contenido del párrafo séptimo de la misma que:

los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea una parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, quedarán sujetos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado aportante en relación con todos los presuntos actos u omisiones dimanantes de la fuerza multinacional o de la fuerza de estabilización de las Naciones Unidas en Liberia, o relacionados con ellas, a menos que ese Estado aportante haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva;

En este caso, no se hace alusión al contenido del Art. 16 del Estatuto lo cual crea aún mayores interrogantes, no sólo sobre la conformidad de dicha resolución con éste artículo, sino sobre el fundamento mismo de tal decisión. Al no hacer mención del Estatuto, *prima facie* se interpreta que la misma deriva de los poderes del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta,¹¹³ pero con unas repercusiones indiscutibles sobre la actividad de la Corte.

El contenido de esta resolución en principio, lleva al análisis del fundamento jurídico de la potestad del Consejo de Seguridad para “terminar” con la posibilidad de ejercicio de la jurisdicción de la Corte, ya que no se determina un tiempo límite para sus efectos o algún tipo de cláusula de renovación, como ocurre con la

¹¹³ Johansson, Patrik, “The Humdrum Use of Ultimate Authority: Defining and Analysing Chapter VII Resolutions”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 78, 2009, p. 310.

potestad de suspensión establecida en el Art. 16 del Estatuto, por lo que sus efectos persisten, a diferencia de lo que ocurrió con la resolución 1487 (2003), cuyos efectos cesaron al no ser renovada.¹¹⁴

El Consejo en este caso actúa de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, lo cual resulta lógico tomando en consideración que la resolución es dictada en el marco del conflicto en Liberia. Una vez determinado que dicha situación constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, para la estabilidad de la sub-región del África occidental y para el proceso de paz de Liberia, cabe preguntar si la medida contenida en el párrafo séptimo de la resolución antes citado podría considerarse apropiada y necesaria, pero, sobre todo, si está dentro de los poderes del Consejo impedir el ejercicio de la jurisdicción de la Corte, ya que el efecto de esta resolución es permanente. Que el Consejo de Seguridad tenga la potestad de actuar en este sentido más allá de los límites establecidos en el propio Estatuto es incierto.¹¹⁵

Con la decisión contenida en la resolución 1497 (2003) el Consejo va más allá de las potestades conferidas a este órgano por el Estatuto en cuanto a sus posibilidades de intervención en los procedimientos de la Corte. Cryer ha propuesto que la aceptación de esta resolución implicaría una modificación del tratado, la cual a su vez no sería válida de conformidad con el derecho de los tratados, ya que, sólo las partes son las autorizadas a enmendar o modificar un tratado.¹¹⁶

Posteriormente, con la Resolución 1593 (2005) se remitió la situación de Darfur, sin embargo, la misma hace referencia al Art. 16 y no al Art. 13.b) recordando que con arreglo a dicho artículo la Corte Penal Internacional no puede iniciar ninguna investigación ni enjuiciamiento durante un plazo de doce meses después de que el Consejo de Seguridad le haya formulado una petición a tal efecto, lo cual

¹¹⁴ Abass, Ademola, "The Competence of the Security Council to terminate the Jurisdiction of the International Criminal Court", *Texas International Law Journal*, Vol. 40, Nº 2, 2005; Cryer, Robert, "Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, Nº 1, 2006, p. 209.

¹¹⁵ Cryer, Robert, "Sudan, Resolution 1593...", *cit.*, p. 209.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 213; Sobre la enmienda y modificación de los tratados pueden verse los artículos 39 a 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

tiene sentido cuando se lee el contenido del párrafo sexto de dicha resolución, según el cual el Consejo:

6. Decide que los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado contribuyente que no sea el Sudán y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se sometan a la jurisdicción exclusiva de ese Estado contribuyente respecto de todos los supuestos actos u omisiones derivados de las operaciones en el Sudán o relacionados con ellas establecidas o autorizadas por el Consejo o la Unión Africana, a menos que ese Estado contribuyente haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva;¹¹⁷

Como se ve esta declaración va en el mismo sentido de la realizada en las resoluciones 1422 (2002), 1483 (2003) y 1497 (2003), sin embargo, el párrafo 6 de la resolución 1593, debe leerse en el contexto de la Resolución 1590 (2005), en la cual se establece la Misión de las Naciones Unidas para el Sudán (UNMIS). y de la Res. 1564 (2004) que crea la Comisión Internacional de Investigación para la situación en Darfur. Ésta presentó los resultados de su investigación al Consejo de Seguridad el 31 de enero de 2005, en un informe (S/2005/60) en el que se incluían una serie de recomendaciones.

Entre los aspectos de mayor discordia, se haya la recomendación de remitir de inmediato la situación de impunidad en Darfur a la Corte Penal Internacional, de conformidad con el artículo 13 b) del Estatuto de la Corte, y la creación de una operación de mantenimiento de la paz. Para desbloquear la situación, el Consejo aceptó la propuesta de Estados Unidos de considerar las recomendaciones por separado y de adoptar diferentes resoluciones: una sobre la creación de la Misión de las Naciones Unidas en Sudán (UNMIS) y otra relativa al enjuiciamiento de los crímenes de guerra.¹¹⁸

¹¹⁷ Ver CS Res. 1593 de fecha 31 de marzo de 2005, preámbulo y párr. 6.

¹¹⁸ López-Jacoiste Díaz, Eugenia, "La Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la intervención de la Corte Penal Internacional en la crisis de Darfur: ¡A la Sexta va la vencedora!", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LVII, N° 1, 2005, p. 490.

Al aprobarse la resolución de remisión de la situación en ese país, se abrió la puerta a la posibilidad de ejercicio de la competencia de la Corte en su extensión máxima, lo que trajo como consecuencia que algunos países quisieran sacar del ámbito de competencia de la Corte a sus nacionales que serían miembros de la UNMIS. Así se desprende de las declaraciones de la representante de Estados Unidos, posteriores a la votación de la resolución 1593, donde expresó que:

Hemos decidido no oponernos a la resolución atendiendo a la necesidad de que la comunidad internacional trabaje de consuno para poner fin al clima de impunidad que prevalece en el Sudán y porque en la resolución se dispone que los ciudadanos estadounidenses y los integrantes de las fuerzas armadas de los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma quedarán exonerados de toda investigación y enjuiciamiento.

(...)

En el caso de Darfur, a solicitud nuestra, el Consejo incluyó una cláusula por la que se exime de todo procesamiento por la Corte Penal Internacional a los nacionales de los Estados que no sean partes en el Estatuto de Roma y que se encuentren presentes en el Sudán. Respetamos la posición de los países que son partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, pero no debería ponerse en peligro a los nacionales de los países que no son partes en el Estatuto y que apoyan los esfuerzos de las Naciones Unidas o de la Unión Africana. Esta resolución proporciona una protección clara a los nacionales de los Estados Unidos. Ningún ciudadano de los Estados Unidos que apoye las operaciones en el Sudán será sometido a investigación ni a procesamiento como resultado de esta resolución.¹¹⁹

Aunque esta resolución fue aprobada con once votos a favor y cuatro abstenciones (China, EEUU, Algeria y Brasil), las protestas sobre el contenido de

¹¹⁹ Consejo de Seguridad, 5158ª sesión, jueves 31 de marzo de 2005, New York, S/PV.5158, declaración de la representante de Estados Unidos de América, Sra. Patterson.

este párrafo fueron manifiestas, ya que, evidentemente es contrario al contenido del Estatuto de Roma,¹²⁰ sin embargo, a pesar de las protestas y reservas sobre su contenido, los países miembros del Consejo prefirieron sacrificar una vez más la legalidad en aras de la paz.

Cualquiera sea la legalidad del párrafo 6, es ciertamente incompatible con el Estatuto de Roma. Debe resaltarse que cuando Uganda refirió a la Corte su conflicto de tal manera que excluía ciertos individuos de su jurisdicción, el Fiscal respondió que tal excepción en razón de la persona no podía ser efectiva.¹²¹ En efecto, esta es la razón por la que el concepto de remisión en el Estatuto se refiere a “situaciones” en vez de a “casos”. Este lenguaje fue adoptado específicamente para evitar el peligro de remisiones parcializadas, que minaran la legitimidad de la institución.

Ahora bien, cuando el Consejo de Seguridad ejecutó una maniobra similar, como es el caso, el Fiscal no se pronunció. En opinión de Williams y Schabas el Fiscal debió devolver la resolución al Consejo alegando la imposibilidad de proceder sobre tales bases y solicitar que fuese adoptada nuevamente pero sin el párrafo sexto.¹²²

Finalmente, el caso de la Resolución de remisión de la situación en Libia es diferente al resto, ya que en dicha resolución no sólo se remitió la situación a la Corte, sino que a su vez se tomaron una serie de medidas en el marco del conflicto en Libia para ese momento. Entre ellas se incluyó la remisión a la Corte en su disposición 4:

4. Decide remitir la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la Corte Penal Internacional;

¹²⁰ Ver Consejo de Seguridad, 5158ª sesión, jueves 31 de marzo de 2005, New York, S/PV.5158

¹²¹ Williams, Sharon. y Schabas, William, “Article 13. Exercise of Jurisdiction” en Triffterer, Otto (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court -Observers' Notes, Article by Article-*, 2ª ed., Alemania: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008, p. 572.

¹²² *Idem*.

Esto no impidió, sin embargo, que se incluyera la misma disposición que en las resoluciones antes estudiadas con respecto a la exclusión de los miembros de misiones de paz,

6. Decide que los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado que no sea la Jamahiriya Árabe Libia y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional quedarán sometidos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado respecto de todos los presuntos actos u omisiones derivados de operaciones en la Jamahiriya Árabe Libia establecidas o autorizadas por el Consejo o relacionados con ellas, a menos que ese Estado haya renunciado expresamente a la jurisdicción exclusiva;

Aunque esto cobra aún más interés en el contexto de la resolución 1973 (2011) dictada sólo diecinueve (19) días después, en la que se autorizó a los Estados la adopción de todas las medidas necesarias para proteger a los civiles y las zonas pobladas por civiles que estuviesen bajo amenaza de ataque en la Jamahiriya Árabe Libia, incluida Benghazi, que desembocó en la posterior intervención militar en Libia.

En este caso debido al contexto mencionado sólo el representante de Brasil se pronunció sobre el contenido del párrafo 6 expresando que su delegación se oponía a la exención de la jurisdicción para los nacionales de aquellos países que no eran parte en el Estatuto de Roma. Sin embargo, debido a la gravedad de la situación en Libia y la urgente necesidad de que el Consejo enviase un mensaje firme y unificado, su delegación apoyó esta resolución.¹²³

Todas las resoluciones *in comento* se refieren, específicamente, a los miembros de misiones de paz de Naciones Unidas, sin embargo, el régimen jurídico que reglamenta el ejercicio de la jurisdicción sobre los miembros de misiones de paz ante la posible comisión de un delito, tiene una determinada regulación, y la entrada

¹²³ Consejo de Seguridad, 6491ª sesión, sábado 26 de febrero de 2011, New York, S/PV.6491, declaración del representante de Brasil, Sra. Viotti.

en vigor del Estatuto no afecta el orden de prelación establecido para el ejercicio de la jurisdicción de conformidad con el principio de complementariedad, pero tampoco excluye su eventual participación como ocurriría con cualquier persona.

La jurisdicción exclusiva de los Estados aportantes sobre los delitos cometidos por su personal en el ejercicio del deber, ha sido reconocida por el Modelo de Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas para Operaciones de Naciones Unidas de Mantenimiento de la Paz, según el cual los miembros militares del componente militar de una operación de paz de Naciones Unidas estarán sujetos a la jurisdicción exclusiva de su correspondiente Estado aportante con respecto a cualquier delito que pueda ser cometido por éste en el territorio del Estado receptor.¹²⁴

Por esta razón el Estatuto incluyó una disposición como la del Art. 98.2 según la cual:

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega sin el consentimiento del Estado que envíe si, con arreglo al párrafo 2 del artículo 98, ella fuera incompatible con las obligaciones que imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe antes de entregar a la Corte a una persona de ese Estado.

Esta disposición está diseñada para incluir, entre otros, a los llamados SOFA (*Status of Forces Agreements*), lo cual se evidencia por el uso del término “el Estado que envíe”.¹²⁵ Asimismo, permite a los Estados parte, en cuyo territorio esté presente una persona requerida por la Corte, cumplir sus obligaciones en el marco de acuerdos internacionales evitando la transferencia de esa persona a la Corte.¹²⁶

¹²⁴ Modelo de Acuerdo sobre el estatuto de las Fuerzas para Operaciones de Naciones Unidas de Mantenimiento de la Paz (Doc. A/45/594 de 9 de octubre de 1990), Art. 47 b).

¹²⁵ Zappalà, Salvatore, “The Reaction of the US to the entry into Force of the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, p. 114-134; Kreß, Claus y Prost, Kimberly, “Article 98 Cooperation with Respect to Waiver of Immunity and Consent to Surrender” en Triffterer, Otto (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court -Observers’ Notes, Article by Article-*, 2ª ed., Alemania: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008, p. 1615; Mahnoush H. Arsanjani, “The Rome Statute of the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, 1999, p. 40.

¹²⁶ Akande, Dapo, “The Jurisdiction of the International Criminal Court..”, *cit.*, p. 642.

Sin embargo, este artículo no puede ser interpretado de tal forma que un Estado parte evite sus obligaciones de cooperación con la Corte, sólo por el hecho de concluir convenios en los que acuerde no transferir nacionales de otro Estados a la CPI, ya que esa interpretación no estaría conforme con el objeto y propósitos del Estatuto.

En este mismo sentido, las resoluciones en análisis parecieran expresar que los miembros de misiones de paz que pertenecen a Estados no parte del Estatuto son más iguales ante la ley que los miembros de misiones de paz de Estados parte, ya que, los primeros se benefician de la exención de la aplicación del Estatuto por doce (12) meses ante la comisión de crímenes de competencia de la Corte. Tal excepción rompe con el carácter no discriminatorio del derecho penal internacional, y, ciertamente, no se encuentra en concordancia con el régimen establecido para la Corte, la cual tiene jurisdicción sobre nacionales de terceros Estados.¹²⁷

Así lo consideraron también los Estados que protestaron el contenido de estas resoluciones manifestando principalmente que con disposiciones de esta naturaleza se estaría poniendo a los miembros de misiones de paz por encima de la ley,¹²⁸ concediéndoles una inmunidad general,¹²⁹ y creando un doble rasero al momento de luchar contra la impunidad,¹³⁰ lo cual contradice el contenido del Art. 16 del Estatuto. Asimismo, este intento de exclusión de un determinado grupo de personas en razón de su cargo contraría lo dispuesto en el Art. 27 del Estatuto según

¹²⁷ Stahn, Carsten, *op. cit.*, p. 86.

¹²⁸ Consejo de Seguridad, 4568ª sesión, miércoles 10 de julio de 2002, New York, S/PV.4568, declaración del representante de Canadá, Sr. Heinbecker, declaración del representante de Nueva Zelanda, Sr. MacKay, declaración del representante de Malasia, Sr. Hasmy; Consejo de Seguridad, 4803ª sesión, viernes 1º de agosto de 2003, New York, S/PV.4803, declaración del representante de Jordania, Príncipe Zeid Ra'ad Zeid Al-Husseini, declaración del representante de Trinidad y Tobago, Sr. Edghill.

¹²⁹ Consejo de Seguridad, 4568ª sesión, miércoles 10 de julio de 2002, New York, S/PV.4568, declaración del representante de Samoa, Sr. Slade; Consejo de Seguridad, 4803ª sesión, viernes 1º de agosto de 2003, New York, S/PV.4803, declaración del representante de Trinidad y Tobago, Sr. Edghill.

¹³⁰ Consejo de Seguridad, 4568ª sesión, miércoles 10 de julio de 2002, New York, S/PV.4568, declaración del representante de Canadá, Sr. Heinbecker, declaración del representante de Nueva Zelanda, Sr. MacKay, declaración del representante de Samoa, Sr. Slade; Consejo de Seguridad, 4803ª sesión, viernes 1º de agosto de 2003, New York, S/PV.4803, declaración del representante de Jordania, Príncipe Zeid Ra'ad Zeid Al-Husseini, declaración del representante de Trinidad y Tobago, Sr. Edghill.

el cual el mismo es aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial.

Puede apreciarse entonces que de las resoluciones estudiadas y amparándose en el contenido del Art. 16 de Estatuto, el Consejo de Seguridad ha intentado crear una inmunidad selectiva enfocada en los miembros de misiones de paz, nacionales de Estados que no son parte en Estatuto de Roma, lo cual no tiene sustento en la Carta de Naciones Unidas y es contrario a la razón de ser del Art 16 del ER, cuya función es la resolver un posible conflicto entre procesos penales y la ejecución de procesos de pacificación en zonas en conflicto.

3. Solicitudes de suspensión: Darfur, Uganda y Kenya

Producto de la remisión de la situación de Darfur a la Corte, y del inicio de la investigación realizada por la Fiscalía, el 14 de julio de 2008 el Fiscal de la Corte Penal Internacional solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares I una orden de arresto contra el presidente en funciones de Sudán para ese momento, Omar Al Bashir, la cual fue dictada finalmente, el 4 de marzo de 2009.¹³¹

En febrero de 2009, la Unión Africana en conjunto con la Liga Árabe, hicieron un requerimiento de suspensión al Consejo de Seguridad, invocando el Art. 16 del Estatuto. El llamado a la suspensión tenía como fundamento asegurar que los esfuerzos de paz, que estaban en curso, no peligraran. En ese mismo mes, el gobierno sudanés se había comprometido a entrar en negociaciones de paz con los rebeldes. Aunque China y Rusia apoyaron esta petición el resto de miembros permanentes la rechazó, por lo que formalmente no se llegó a la discusión en el Consejo.

En consecuencia, la Unión Africana dictó una resolución el 3 de julio de 2009 expresando el rechazo por parte de sus miembros a cooperar en el arresto y transferencia del presidente de Sudán a la Corte Penal Internacional. La resolución establecía que la Unión Africana *“decides that in view of the fact that a request of the African Union has never been acted upon, the AU member states shall not*

¹³¹ Orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, N° ICC-02/05-01/09, de fecha 4 de marzo de 2009, Sala de cuestiones Preliminares I, CPI.

cooperate pursuant to the provisions of Article 98 of the Rome Statute of the ICC relating to immunities for the arrest and surrender of Sudanese President Omar al Bashir to the ICC".¹³²

Esto generó no solo una gran fricción entre la Corte y los países miembros de la Unión Africana, muchos de ellos miembros también del Estatuto, sino que dificultó la cooperación de estos países con la Corte, como se verá más adelante y llegó a tal punto de crear una crisis de legitimidad de esta institución, incidiendo además de forma directa en la eficacia de su actuación. La Corte requiere de la cooperación de los Estados para la realización de sus investigaciones y para la ejecución de las órdenes de arresto, de lo contrario queda vacía de contenido su actividad.

Anteriormente, el 16 de diciembre de 2003, el presidente de Uganda, Yoweri Museveni, había remitido la situación relativa al Lord Resistance Army (LRA) en el norte de Uganda a la CPI para su investigación y posible enjuiciamiento. En junio de 2004, comenzaron sus investigaciones. Un año más tarde, el 8 de julio de 2005, el Fiscal de la CPI solicitó y obtuvo órdenes de arresto contra cinco líderes principales del LRA.

En este caso la sola imputación llevó a los líderes del LRA a la mesa de negociaciones, sin embargo, insistieron en la supresión de las órdenes de arresto para llegar a un acuerdo de paz.¹³³ Diversas organizaciones sociales, en especial los líderes de la comunidad *Acholi*, argumentaban igualmente, que la órdenes de arresto podían, no sólo entorpecer las conversaciones de paz sino a la vez incentivar una escalada de la violencia. Abogaban incluso por el uso de métodos tradicionales de solución de controversias pertenecientes a sus comunidades como un mecanismo alternativo.¹³⁴

¹³² Decision on the Report of the Commission on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Tribunal (ICC) – Doc. Assembly/AU/13 (XIII), Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1.

¹³³ Obura, Ken, "The Security Council and the International Criminal Court: When Can the Security Council Defer a Case", *Strathmore Law Journal*, Junio 2015, p. 137; Mendes, Errol, *Peace and justice at the International Criminal Court. A court of last resort*, Edward Edgar Publishing, 2010, p. 106.

¹³⁴ Mendes, Errol, *op. cit.*, p. 104.

Surge entonces la opción de realizar un requerimiento en el marco del Art. 16 del ER al Consejo de Seguridad para solicitar la suspensión de las investigaciones, sin embargo, esta propuesta, no tuvo ningún tipo de apoyo, y ni siquiera fue presentada ante el Consejo para su discusión. Hubo también reuniones de diversos colectivos con el entonces Fiscal Luis Moreno-Ocampo, pero tampoco llegaron a ningún resultado.

Por último, el caso de Kenia es similar al de Uganda, pero con un desenlace diferente. El 5 de noviembre de 2009, el Fiscal de la CPI actuando *proprio motu* notificó al Presidente de la Corte su intención de iniciar una investigación sobre la violencia posterior a las elecciones de 2007 en Kenia. El 31 de marzo de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte autorizó la investigación. Nueve meses después, el 15 de diciembre de 2010, el Fiscal presentó a la Sala de Cuestiones Preliminares dos solicitudes para convocar a cinco altos funcionarios de Kenia y un periodista.

Ante esta situación, el gobierno de Kenia solicitó apoyo a los miembros de la Unión Africana para requerir al CS la suspensión de investigaciones en el marco del Art. 16 del ER, petición que la Unión Africana apoyó. Efectivamente, el 31 de enero de 2011, la UA aprobó y apoyó la solicitud de Kenia para así permitir un mecanismo nacional para investigar y enjuiciar los casos, en consonancia con el principio de complementariedad. Por esta razón solicitó al CS que accediera a la solicitud de suspensión y solicitó a los miembros africanos del Consejo de Seguridad que incluyeran el asunto en la agenda del Consejo.¹³⁵

El 18 de marzo, los miembros del Consejo mantuvieron un diálogo interactivo informal con el representante permanente de Kenia para discutir los procedimientos de la CPI contra los imputados. Representantes de la UA también asistieron a la reunión. Durante el diálogo interactivo, Kenia argumentó que una suspensión en el marco del Artículo 16 le daría tiempo para establecer mecanismos alternativos de adjudicación nacional. Algunos miembros del Consejo acordaron que la

¹³⁵ Decision on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court Doc.EX.CL/639(XVIII), Assembly/AU/ Dec.334(XVI), párr. 6.

adjudicación interna era preferible bajo el principio de complementariedad del Estatuto de Roma.

Sin embargo, consideraron que la situación en Kenia no representaba una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y que por tanto debía realizar sus argumentos ante la propia CPI, impugnando la admisibilidad de los casos contra sus nacionales directamente, de conformidad con el artículo 19 del Estatuto de Roma. Se hizo una nueva solicitud al Consejo, pero ésta no fue tomada en consideración. Finalmente, el 31 de marzo, Kenia presentó una solicitud ante la CPI, impugnando la admisibilidad de los casos contra sus nacionales, la cual fue rechazada por la Sala de Cuestiones Preliminares.¹³⁶

Como puede observarse de los ejemplos comentados el Consejo de Seguridad ha ignorado las solicitudes de suspensión, ya que no ha otorgado respuestas formales que puedan delinear un criterio para la aceptación o rechazo de las mismas, sin contar que, en las pocas oportunidades que ha usado esta potestad ha estado, no sólo fuera de contexto, sino que no se han seguido los requisitos establecido en el Estatuto de Roma para su ejercicio. Con lo que además queda en discusión el alcance de esta potestad, así como la posibilidad de revisión judicial por parte de la Corte, como se discutió en el capítulo anterior.

II. LA POTESTAD DE REMISIÓN: CASOS DE SUDÁN Y LIBIA

Como ya se ha mencionado, otra de las potestades otorgadas al Consejo de Seguridad en el Estatuto de Roma es la posibilidad de remisión de situaciones sin nexo jurisdiccional con la Corte, como uno de los mecanismos de activación de su jurisdicción. Como los Estados y la propia Fiscalía, el Consejo de Seguridad puede remitir una situación a la Corte para que la investigue y la juzgue si procede. Pero en este caso no es necesario que se cumplan los requisitos del Art.12 del ER, es decir, que los presuntos crímenes sean cometidos en el territorio de un Estado parte o por el nacional de un Estado parte.

Hasta la fecha, el Consejo de Seguridad ha ejercido esta potestad en dos

¹³⁶ Pre-Trial Chamber II, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, ICC-01/09-02/11-96, 31 May 2011.

oportunidades: primero remitiendo la situación en Darfur, Sudán y luego remitiendo la situación en Libia. A lo largo de esta sección se estudiarán estas remisiones, específicamente el contenido de las resoluciones emitidas por el Consejo a los fines de evaluar su conformidad con el Estatuto, así como el resultado de éstas, traducido en el número de casos y juicios que se han llevado a cabo, así como los obstáculos en su desarrollo, más si se tiene en cuenta que ninguno de estos Estados son parte del Estatuto de Roma.

Por último se hará una breve reseña de la situación en que se encuentran los conflictos en ambos países y el impacto que las remisiones del Consejo tuvieron en estos, vistas como una de las medidas para el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales en el marco del Art. 41 de la Carta de Naciones Unidas, sin dejar de lado la función de lucha contra la impunidad y de paz con justicia que se ha marcado la Corte entre sus objetivos y que derivan incluso del propio texto del preámbulo del Estatuto de Roma.

1. Estudio de la situación en Darfur: remisión, casos e impacto

El 31 de marzo de 2005, a través de su Resolución 1593 (2005) el Consejo de Seguridad remitió por primera vez una situación a la Corte Penal Internacional. En adelante, se procederá a analizar el contenido de dicha resolución y las resoluciones conexas con la misma, así como la relación entre el Consejo y la Corte en este caso, en especial con la Fiscalía, en aras de comprobar la concordancia de los requisitos de activación requeridos para remisiones por este órgano, así como su actuación. En especial, por las expectativas creadas en torno al rol que se supone debería tener o se esperaba que tuviese el Consejo, aunque como será explicado, el comportamiento de este órgano ha sido pasivo con respecto a los requerimientos de la Fiscalía.

El Consejo de Seguridad, por once (11) votos a favor, ninguno en contra y cuatro abstenciones (Algeria, Brasil, China y Estados Unidos), actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, decidió remitir la situación en Darfur, Sudán desde el 1° de julio de 2002 al Fiscal de la Corte Penal Internacional.

Aunque no se menciona el artículo 13 del ER dicha actuación se encuentra enmarcada en esta disposición.

Esta decisión se fundamentó en el informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre las transgresiones del derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos en Darfur, creada por el CS en 2004. De hecho, el primer párrafo del preámbulo de la resolución así lo indica cuando dice: “Tomando nota *del informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre las transgresiones del derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos en Darfur (S/2005/60)*.”¹³⁷

El Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, aprobó el 18 de septiembre de 2004 la resolución 1564 (2004) en la que, entre otras cosas, pedía al Secretario General que estableciera rápidamente una comisión internacional de investigación para que investigase todas las denuncias de transgresiones al derecho internacional humanitario y a las normas de derechos humanos cometidas en Darfur por todas las partes, y constatare también si se habían producido o no actos de genocidio e identificase a los autores de tales transgresiones a fin de que los responsables rindieran cuentas de sus actos.¹³⁸

Dicha comisión fue instalada, el 4 de octubre de 2004. Si bien tuvo en cuenta todos los acontecimientos relacionados con el conflicto en Darfur, centró su atención en lo ocurrido entre febrero de 2003 y mediados de enero de 2005. En cuanto a lo referido a los medios de rendición de cuentas de los responsables, la Comisión estimó que recurrir a la Corte Penal Internacional, la única institución penal auténticamente internacional, era la mejor manera de lograr que se hiciera justicia por los crímenes cometidos en Darfur,¹³⁹ y ésta fue la recomendación que hizo al Consejo de Seguridad.

¹³⁷ Ver CS Res. 1593 de fecha 31 de marzo de 2005, preámbulo.

¹³⁸ Carta de fecha 4 de octubre de 2004 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, S/2004/812, de fecha 11 de octubre de 2004.

¹³⁹ Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004, S/2005/60, párr. 582.

Entre las ventajas de esta decisión señaló que, la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en Darfur propiciarían la paz y la estabilidad, o contribuirían a ellas, al eliminar graves obstáculos que impedían la reconciliación nacional y el restablecimiento de las relaciones pacíficas. Asimismo, dada la dificultad de investigar y enjuiciar en Sudán a personas que gozaban de autoridad y ejercían control sobre el aparato del Estado, con la remisión a la Corte, se garantizaba la impartición de justicia, puesto que los juicios se celebrarían lejos de la comunidad sobre la que esas personas ejercían autoridad.¹⁴⁰

Como se verá más adelante, si bien estas razones son muy loables y deseables, también son irrealizables, ya que, para esto se requiere la cooperación de un Estado que formalmente no está obligado a ello, el cual además lo dirigen las personas a las que se quiere enjuiciar. No basta, como se verá la sola autoridad del Consejo de Seguridad, que en todo caso tampoco realizó acciones posteriores que pudiesen coadyuvar a la actividad de la Corte, y cuya resolución de remisión tiene ciertas carencias y elementos cuestionables.

En efecto, existen diversos aspectos de la resolución de remisión que deben ser analizados a la luz de los planteamientos hechos en los apartados anteriores en cuanto a su configuración. En principio, destaca la ausencia de cualquier referencia al Art. 13 del Estatuto de Roma, lo cual genera ciertas interrogantes, en especial cuando se contrasta con el hecho de que hay una referencia expresa al Art. 16 del Estatuto en el segundo párrafo del preámbulo.

Según lo plantean Condorelli y Villalpando, el Consejo de Seguridad en sus resoluciones de remisión debería aclarar que está ejerciendo su poder de conformidad con el Art. 13 b) del Estatuto de Roma, de lo contrario, la resolución podría ser interpretada no como una remisión, sino como una manera de proveer información al Fiscal a los propósitos de investigaciones *propio motu* de conformidad con el Art. 15.1.¹⁴¹ A pesar de esta precisión, la Corte la consideró la resolución una remisión en el sentido del Art. 13 aunque ésta no lo mencione.

¹⁴⁰ Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004, S/2005/60, párr. 572.

¹⁴¹ Condorelli, Luigi y Villalpando, Santiago, "Referral and Deferral...", *cit.*, p. 634.

Igualmente, llama la atención el contenido del párrafo 7 de la resolución *in comento*, ya que:

7. Reconoce que ninguno de los gastos derivados de la remisión a la Corte, incluidos los gastos relativos a las investigaciones o los enjuiciamientos relacionados con dicha remisión, deberán ser sufragados por las Naciones Unidas y que dichos gastos serán sufragados por las partes en el Estatuto de Roma y por aquellos Estados que deseen contribuir voluntariamente;

La provisión de fondos, para contribuir a sufragar los gastos de la Corte y la Asamblea de Estados Partes es una decisión de la Asamblea General de Naciones Unidas, no del Consejo de Seguridad, lo que se desprende claramente del contenido del Art. 115 b) del Estatuto, complementado con lo dispuesto en el Art. 13 del Acuerdo de relación entre la Corte y Naciones Unidas y el Art. 5.1 b) del Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera Detallada de la Corte. El primero establece que, entre los fondos de la Corte se encuentran aquellos procedentes de las Naciones Unidas, sujetos a la aprobación de la Asamblea General, en particular en situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad.

La exclusión unilateral por parte del Consejo de Seguridad, de la provisión de fondos por las Naciones Unidas a la Corte en conexión con la situación de Darfur está en contradicción no sólo con la decisión de remisión, sino con el deber de negociaciones de buena fe, las cuales se derivan de la obligación mutuamente acordada entre la CPI y las Naciones Unidas.¹⁴² Esto además tiene un impacto directo en la efectividad de la actividad de la Corte, ya que sin los fondos suficientes difícilmente puede llevar a cabo su labor de investigación, lo cual se pudo evidenciar en la práctica como se verá más adelante.

¹⁴² Condorelli, Luigi y Ciampi, Annalisa, "Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, N° 3, 2005, p. 594; Fletcher, George y Ohlin, Jens David, "The ICC - Two Courts in One?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, N° 3, 2006, p. 430.

Sin embargo, parece poco probable que pueda hacerse algo al respecto, tomando en consideración la posición de los Estados Unidos en esta situación, cuya representante, Anne Woods Patterson expresó que:

Nos complace que en la resolución se reconozca que las Naciones Unidas no deberán hacerse cargo de ninguno de los gastos incurridos por remitir la cuestión a la Corte, gastos que sufragarán las partes en el Estatuto de Roma y los contribuyentes voluntarios. Ese principio es sumamente importante y queremos dejar perfectamente en claro que todo intento de retracción con respecto a ese principio, en ésta o cualquier organización a la que contribuyamos, podría impulsarnos a retener los fondos que aportamos o a adoptar otras medidas al respecto.¹⁴³

El hecho de que el presupuesto de Naciones Unidas está bajo una enorme presión, y la creencia de que los Estados miembros que no son parte de la Corte Penal Internacional no deberían ser responsables de su financiamiento, fueron razones de peso para una institución autofinanciada. Sin embargo, los gastos en los que se incurre como consecuencia de remisiones a la Corte del Consejo de Seguridad pueden ser solicitados a Naciones Unidas, sujeto a la aprobación de la Asamblea General.¹⁴⁴

Otro aspecto a resaltar en esta resolución es la relación entre el Consejo de Seguridad y la Fiscalía, ya que, en su párrafo 8 se:

Invita al Fiscal a que se dirija al Consejo para informar de las medidas adoptadas de conformidad con la presente resolución dentro de los tres meses siguientes a la fecha de aprobación de la presente resolución y posteriormente cada seis meses.

¹⁴³ Consejo de Seguridad, 5158ª sesión, jueves 31 de marzo de 2005, New York, S/PV.5158.

¹⁴⁴ Scheffer, David, "The United States and the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 93, N°1, 1999, pp. 12-22.

Desde el 2005 hasta la fecha en que se escriben estas líneas, la Fiscalía ha presentado treinta y cinco (35) informes al Consejo de Seguridad, el último el 23 de agosto de 2022, y una constante que ha resaltado es la petición al Consejo de su apoyo para el cumplimiento por parte de Sudán y del resto de Estados de la obligación de cooperación con la Corte. Sin embargo, esto nunca se materializó, sólo se tienen algunas declaraciones de la presidencia del Consejo y alguna mención somera en las resoluciones de este órgano sobre la situación en Sudán.

Ahora bien, el otro aspecto fundamental es cuáles han sido los resultados de la resolución 1593 (2005) hasta la fecha. Producto de la investigación de esta situación, que inició el 06 de junio de 2005, se han abierto seis (06) casos y se han emitido siete (07) órdenes de arresto, aunque ninguna de éstas se ha materializado. Entre estos resalta el caso contra el expresidente de Sudán Omar Al Bashir, quien fuera presidente en funciones al momento de dictarse la orden detención en su contra.

Cabe destacar que el trabajo inicial en esta situación fue bastante complejo para la Fiscalía ya que, recibió por parte por parte de la Comisión de Investigación cerca de 2500 *items* entre documentos videos, transcripciones de entrevistas, entre otros elementos de investigación. Aunque estos no son vinculantes para la Fiscalía puesto que está obligada a conducir su propia investigación independiente, también debe analizar cualquier información recibida. Igualmente, se remitió una lista de personas que potencialmente podían ser imputadas como responsables por los crímenes cometidos en Darfur, que de igual forma no era vinculante para la Fiscalía, pero debía ser estudiada.

Asimismo, la Fiscalía recopiló cerca de 3000 documentos de otras fuentes y estuvo en contacto con cerca de 100 grupos diferentes además de expertos en la situación de Darfur. Todo lo anterior como parte de la investigación preliminar, la cual es el paso previo a iniciar oficialmente una investigación, y comprobar además la admisibilidad de la misma en el marco del contenido del Art. 53 y 17 del ER. Igualmente, hay que tomar en cuenta el marco temporal de la remisión, ya que si bien esta se hizo en 2005 tenía un efecto retroactivo que cubría los eventos desde

el 1º de julio de 2002, fecha en la cual entro en vigor el Estatuto de Roma y a partir de la cual tiene jurisdicción temporal la Corte.

Una vez realizado el análisis preliminar, el 01 de junio de 2005 el Fiscal determinó que había bases razonables para iniciar una investigación. Cabe destacar la visión inicial de la Fiscalía sobre su papel en el conflicto, expresada por el Fiscal en su primer informe al CS, expresando que la remisión de la situación en Darfur había traído el componente de la justicia internacional, independiente e imparcial a los esfuerzos para poner fin a la violencia en Darfur y que este componente formaba parte del esfuerzo colectivo internacional y regional para mejorar la situación de seguridad, mejorar la prestación de asistencia humanitaria y la creación de condiciones para el retorno de los refugiados y los desplazados internos.¹⁴⁵ Esto pone de manifiesto las altas expectativas sobre el impacto de la actividad de la Corte en el conflicto.

En esta etapa inicial la característica fue un cierto grado de cooperación por parte del gobierno de Sudán pero a la vez la creación de una intrincada red jurisdiccional interna, empezando por un Tribunal Especial para Darfur, creado en junio de 2005; dos tribunales adicionales creados en noviembre de 2005; las instituciones *ad hoc* para apoyar el trabajo de esos Tribunales, incluidos el Comité de Investigaciones Judiciales y las Comisiones Especiales de la Fiscalía, así como la Comisión Nacional de Investigación, los Comités contra la Violación y los Tribunales Especiales y Especializados de 2001 y 2003, respectivamente.¹⁴⁶

Para diciembre de 2010, pasados cinco años desde su creación en junio de 2005, los tribunales especiales y el resto del mecanismo nacional establecido no se habían ocupado de causa alguna referente a la pauta sistemática de los crímenes perpetrados en Darfur. Todas las causas juzgadas procedían de expedientes de los tribunales ordinarios y se referían a crímenes comunes.

¹⁴⁵ Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mr. Luis Moreno Ocampo, to the Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), de fecha 29 de junio de 2005, p. 10.

¹⁴⁶ Para mayor referencia de estas instituciones creadas por el gobierno de Sudán se puede revisar el Third Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), de fecha 14 June 2006.

Asimismo, al inicio y en gran parte de la investigación el tema de la seguridad ha jugado un papel fundamental. En 2006 la continua inseguridad en Sudán impedía investigaciones efectivas dentro de Darfur, particularmente a la luz de la ausencia de un sistema funcional y sostenible para la protección de víctimas y testigos. Por lo tanto, las actividades de investigación de la Fiscalía se realizaban fuera de Darfur. Igualmente, se destacaba un patrón generalizado de desplazamiento de civiles, con estimaciones de unos dos millones de desplazados y refugiados de Darfur.

En este sentido, identificar a las personas con mayor responsabilidad por los crímenes más graves en Darfur era el desafío clave para la investigación. La complejidad del conflicto exacerbaba este desafío, dado que involucraba a múltiples partes, que fueron variando con el tiempo en los diferentes estados y localidades, y que no se distinguen fácilmente por uniformes o insignias. Debido a estas dificultades, la Fiscalía previó la investigación y el enjuiciamiento de una secuencia de casos, en lugar de un solo caso que se ocupara de la situación en Darfur en su conjunto.

El 27 de abril de 2007, la Sala de Cuestiones Preliminares I dictó una orden de detención contra Ahmad Muhammad Harun, ex Ministro de Estado del Interior, y Ali Muhammad Ali Abd Al-Rahman, también conocido como Ali Kushayb, un líder de la milicia Janjaweed por 51 cargos de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.¹⁴⁷

Cabe destacar, que al momento de dictarse estas órdenes de detención había 4 millones de personas que necesitaban asistencia humanitaria en la región, dos tercios de la población de Darfur; con dos millones de desplazados internos. Había continuos ataques contra ellos y contra los trabajadores internacionales, así como frecuentes impedimentos por parte de las autoridades para la entrega de asistencia. Presidiendo esta grave situación estaba el mismo individuo buscado por la Corte, Ahmad Harun antes señalado, quien era Ministro de Estado para Asuntos Humanitarios.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Ahmad Harun, ICC-02/05-01/07-2, 28 April 2007.

¹⁴⁸ Fifth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), de fecha 7 de junio de 2007.

En relación con Ali Kushayb, contra quien el gobierno de Sudán había indicado previamente que había investigaciones, fue puesto en libertad el 30 de septiembre por falta de pruebas. Pero difícilmente iba a ser realmente arrestado y procesado cuando el propio ministro de Justicia de Sudán, Ali Al Mardi, dijo que cualquier intento de arrestar a Harun y Kushayb a través de la Interpol equivaldría a secuestro y piratería internacional, y luego reiteró la negativa del Gobierno de entregar a cualquier sudanés, declarando que el poder judicial sudanés era capaz de responsabilizar a todos aquellos que violaran las leyes internas.¹⁴⁹

Ahmad Harun también fue nombrado el 7 de marzo de 2006 como Secretario General de la Autoridad Nacional de Acción contra las Minas (NMAA), una función que le permitía declarar áreas abiertas y otorgar derechos de retorno. A través de su despliegue en el Ministerio y su nombramiento como Secretario General de la NMAA, podía perpetuar el sistema de desplazamiento y persecución de las tribus principalmente Fur, Zaghawa y Masalit. Para 2011, Ahmad Harun era gobernador de Kordofán del Sur y residía en Kadugli, capital del estado.

En diciembre de 2007, la Fiscalía anunció la apertura de su segunda y tercera investigación. El segundo caso se centraba en el patrón de repetidos ataques contra civiles, en particular los Fur, Massalit y Zaghawa. La Fiscalía estaba investigando quién tenía la mayor responsabilidad por los crímenes pasados y actuales contra civiles en aldeas y campamentos; quien mantenía a Harun en posición de cometer crímenes y quien lo instruía a él y a los demás. El tercer caso se centraba en el ataque rebelde de septiembre de 2007 contra Haskanita.

El Fiscal presentó el 14 de julio de 2008 a la Sala de Cuestiones Preliminares I una causa contra el Presidente en funciones Omar Al Bashir, que constaba de diez cargos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra y solicitó que se emitiera una orden de detención en su contra.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Sixth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), 5 de diciembre 2007, párr. 13.

¹⁵⁰ Octavo Informe del Fiscal de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1593 (2005) del Consejo De Seguridad, de fecha 3 de diciembre de 2008, párr. 11.

La Fiscalía argumentó que el Presidente Al Bashir había utilizado el aparato estatal para cometer crímenes en masa en Darfur y había ordenado que las SAF, en concierto con las milicias janjaweed, atacaran cientos de aldeas habitadas predominantemente por miembros de las etnias Fur, Masalit y Zagawa. Como consecuencia de ello, 2,5 millones de personas se habían visto obligadas a vivir en campamentos para desplazados internos. La Fiscalía presentó pruebas de que el Presidente Al Bashir imponía a estas personas condiciones de vida pensadas para provocar su destrucción física, en particular mediante violaciones y obstáculos a la ayuda humanitaria.¹⁵¹

El 4 de marzo de 2009 la Sala de Cuestiones Preliminares I dictó una orden de detención en contra del Presidente en funciones Omar Al-Bashir por cinco cargos de crímenes de lesa humanidad, incluidos actos de exterminio, violación y asesinato, y dos cargos de crímenes de guerra.¹⁵² Como puede apreciarse la Sala no aprobó los cargos por genocidio solicitados por la Fiscalía.

El 5 de marzo, un día después de que la Sala de Cuestiones Preliminares I dictara la orden, el Gobierno de Sudán exacerbó la situación de los desplazados, que ya eran víctimas del crimen de exterminio, al expulsar a 13 grupos internacionales de asistencia que operaban en Sudán. Como justificación de esta medida, entre otras, se acusó a las ONG de colaborar con la Corte Penal Internacional y de robar fondos.

El 6 de julio de 2009 la Fiscalía apeló contra la decisión de no mantener los cargos de genocidio. El 3 de febrero de 2010 la Sala de Apelaciones determinó que la Sala de Cuestiones Preliminares había aplicado un criterio probatorio erróneo, por lo que ordenó que la Sala adoptara una decisión sobre la base del criterio probatorio acertado para determinar si procedía dictar una orden de detención por genocidio.¹⁵³

¹⁵¹ Undécimo Informe del Fiscal de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1593 (2005) del Consejo, de fecha de 2010, párr. 7.

¹⁵² Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-1, 04 March 2009.

¹⁵³ Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", ICC-02/05-01/09-73, 03 February 2010.

Como consecuencia de ello, la Sala de Cuestiones Preliminares, tras volver a examinar las pruebas presentadas por la Fiscalía, aplicó el criterio probatorio acertado de conformidad con las instrucciones de la Sala de Apelaciones y el 12 de julio de 2012, dictó una segunda orden de detención contra el Presidente Al Bashir por tres cargos de genocidio: genocidio en forma de matanza, genocidio consistente en lesionar gravemente la integridad física o mental de un grupo de personas y genocidio consistente en someter intencionalmente a un grupo de personas a condiciones de existencia que hubieran de acarrear su destrucción física total o parcial.¹⁵⁴

Con respecto a su tercera investigación, el 20 de noviembre 2008, se presentó a los magistrados de la Sala de Cuestiones Preliminares una solicitud relativa al ataque dirigido contra la base en Haskanita de la Unión Africana. La Fiscalía solicitó que se dictaran órdenes de detención por los crímenes de guerra de perpetrar actos de violencia contra la vida, dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz y cometer saqueos, todo ello con arreglo al párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de Roma.¹⁵⁵

El 7 de mayo de 2009 se remitió a Bahr Idriss Abu Garda una orden de comparecencia sellada que se hizo pública el 17 de mayo de 2009. El 18 de mayo, Abu Garda compareció por primera vez ante la Corte por voluntad propia. La audiencia de confirmación de cargos se celebró del 19 al 29 de octubre de 2009. Sin embargo, el 8 de febrero de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares I renunció a confirmar los cargos presentados contra Abu Garda alegando que las pruebas de la Fiscalía no constituían motivos fundados para creer que podía considerarse penalmente responsable como coautor directo o indirecto o que se le podían atribuir responsabilidades de otro tipo.¹⁵⁶ El 15 de marzo de 2010 la Fiscalía pidió permiso

¹⁵⁴ Pre-Trial Chamber I, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-95, 12 July 2010.

¹⁵⁵ Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, ICC-02/05-02/09-1, 07 May 2009.

¹⁵⁶ Pre-Trial Chamber I, Public Redacted Version - Decision on the Confirmation of Charges, ICC-02/05-02/09-243-Red, 08 February 2010.

para apelar contra la decisión de la Sala, solicitud que fue desestimada el 23 de abril de 2010.¹⁵⁷

Sobre este mismo caso, se remitieron a Abdallah Banda Abakaer Nourain y Saleh Mohammed Jerbo Jamus órdenes de comparecencia el 27 de agosto de 2009 que se hicieron públicas el 15 de junio de 2010. El 17 de junio de 2010 ambos comparecieron por voluntad propia ante la Corte. El 7 de marzo de 2011 se confirmaron los cargos contra los acusados.¹⁵⁸

El 16 de mayo de 2011 la Fiscalía y la defensa presentaron a la Sala de Primera Instancia un documento conjunto en el que indicaban que ambas partes se habían puesto de acuerdo con respecto a determinados hechos y que la defensa sólo impugnaría durante el juicio tres cuestiones concretas: i) si el ataque sufrido el 29 de septiembre de 2007 por el cuartel del grupo militar en Haskanita era ilegal; ii) en caso de considerarse que fuese ilegal, si los acusados tenían conocimiento de las circunstancias de hecho que conferían carácter ilegal al ataque, y iii) si la AMIS era una misión de mantenimiento de la paz de conformidad con lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas.¹⁵⁹

El 23 de abril de 2013, la defensa de Saleh Mohammed Jerbo Jamus notificó a la Sala de Primera Instancia que recibió la noticia de que el Sr. Jerbo había muerto durante un ataque en el norte de Darfur, Sudán en la tarde del 19 de abril de 2013, y que había sido enterrado el mismo día. La Fiscalía informó a la Sala que estaba tomando los pasos necesarios para evaluar la veracidad de estos informes y recomendó que el caso contra el Sr. Jerbo permaneciese abierto hasta la confirmación oficial de su muerte. El 4 de octubre de 2013, después de tomar nota de los informes sobre la muerte del Sr. Jerbo, la Sala de Primera Instancia IV dio por concluido el proceso en su contra.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Decision on the "Prosecution's Application for Leave to Appeal the 'Decision on the Confirmation of Charges'" ICC-02/05-02/09-267, 23 April 2010, Pre-Trial Chamber I.

¹⁵⁸ Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red, 13 March 2011.

¹⁵⁹ Office of the Prosecutor & Defence, Joint Submission by the Office of the Prosecutor and the Defence Regarding the Contested Issues at the Trial of the Accused Persons, ICC-02/05-03/09-148, 16 May 2011.

¹⁶⁰ Trial Chamber IV, Public redacted Decision terminating the proceedings against Mr Jerbo, ICC-02/05-03/09-512-Red, 04 October 2013.

El caso contra el Sr. Banda continúa y el 14 de julio de 2014, la Sala de Primera Instancia IV ordenó que el juicio comenzara el 18 de noviembre de 2014. El 11 de septiembre de 2014, la Sala concluyó que ahora era necesaria una orden de arresto para garantizar la presencia del Sr. Banda en el juicio.¹⁶¹ En este sentido se suspendieron las medidas preparatorias del juicio y se anuló la fecha del juicio hasta el arresto o la aparición voluntaria del Sr. Banda, lo que hasta la fecha no ha sucedido.

La Fiscalía decidió abrir una cuarta causa relativa a la situación en Darfur en relación con la responsabilidad penal individual del, para entonces, Ministro de Defensa, Abdel Raheem Muhammad Hussein, que era Ministro del Interior cuando Ahmad Harun era Ministro del Interior estatal. La Fiscalía alegó que Hussein fue quien nombró y supervisó a Ahmad Harun, y era responsable de crímenes de lesa humanidad cometidos de conformidad con una política estatal del Gobierno del Sudán y de crímenes de guerra cometidos en Darfur entre agosto de 2003 y marzo de 2004, por lo que solicitó que, la Sala de Cuestiones Preliminares I dictara una orden de detención en su contra.

El 1 de diciembre de 2011, se presentó la causa a la Sala de Cuestiones Preliminares con fines de examen, y el 1 de marzo de 2012, se emitió una orden de detención contra el Sr. Abdel Raheem Muhammad Hussein por 51 cargos de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra presuntamente cometidos en el contexto de la situación en Darfur.¹⁶² Al momento de dictarse la orden de arresto era el Ministro de Defensa de Sudán.

Para finales del 2013, la Fiscalía expresaba en su decimoctavo informe al Consejo de Seguridad, sus preocupaciones con respecto a la situación en Darfur, en particular con respecto a la impunidad en curso reflejada en la falta de arresto de los cuatro individuos sujetos a cinco órdenes de arresto separadas emitidas por la CPI: Omar Al-Bashir, Abdel Raheem Hussein, Ahmad Harun y Ali Kushayb. Si bien los cuatro individuos habían estado algo limitados en sus movimientos, tanto los

¹⁶¹ Trial Chamber IV, Warrant of arrest for Abdallah Banda Abakaer Nourain, ICC-02/05-03/09-606, 11 September 2014.

¹⁶² Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Abdel Raheem Muhammad Hussein, ICC-02/05-01/12-2, 01 March 2012.

Sres. Al-Bashir como Hussein viajaron fuera del Sudán, incluso en el caso del Sr. Hussein para Chad y la República Centroafricana, que son Estados Partes en el Estatuto de Roma.¹⁶³

A la presentación de su vigésimo informe ante el Consejo de Seguridad el 12 de diciembre de 2014 la Fiscal anunció la suspensión temporal de las investigaciones en la situación de Sudán:

As I have stated previously on many occasions, we need to engage to define a new approach to the Darfur situation. This requires strategic thinking and changes from all sides. Faced with an environment where my Office's limited resources for investigations are already overstretched, and given this Council's lack of foresight on what should happen in Darfur, I am left with no choice but to hibernate investigative activities in Darfur as I shift resources to other urgent cases, especially those in which trial is approaching. It should thus be clear to this Council that unless there is a change of attitude and approach to Darfur in the near future, there shall continue to be little or nothing to report to you for the foreseeable future. The question for the Council to answer is what meaningful purpose was my reporting intended to serve and whether that purpose is being achieved?¹⁶⁴

Cabe destacar que esta declaración no significaba que la Fiscalía abandonaba los casos en la situación de Darfur. Las órdenes de arresto emitidas por la Corte permanecen vigentes y deben ser ejecutadas. La Oficina del Fiscal continúa pidiendo el arresto de todos los prófugos de la justicia y continúa haciendo lo que puede para obtener la asistencia necesaria de los Estados para ejecutar las órdenes de arresto pendientes. La decisión del Fiscal con respecto a la investigación de Darfur significa que, por el momento, la Oficina no realizará investigaciones

¹⁶³ Eighteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), de fecha 11 de diciembre de 2013, párr. 6.

¹⁶⁴ Statement to the United Nations Security Council on the Situation in Darfur, pursuant to UNSCR 1593 (2005), 12 December 2014, párr. 4.

plenamente activas, ya que simplemente debe priorizar sus casos y en consecuencia redireccionar los recursos.

Aunado a esto, las decisiones de la Asamblea de Estados Parte de la Corte tomadas en el 2017 en materia presupuestaria, y a la luz de las otras situaciones y casos existentes en la Fiscalía, algunos de los cuales se encuentran en el inicio del juicio o están a punto de comenzar, será cada vez más difícil asignar recursos adecuados a la investigación de Darfur. Esta desafortunada situación inevitablemente restringirá los pasos de investigación que de otro modo se podrían tomar si hubiera recursos adicionales disponibles. De allí que siga repercutiendo la decisión del Consejo desde la remisión de la situación de no otorgar recursos a la Corte.

Ahora bien, debido a los acontecimientos políticos acaecidos en 2019, se abre la posibilidad de que el estado de la investigación y los casos pueda cambiar. Sudán está en un proceso de transición política. El 22 de febrero de 2019, después de meses de protestas antigubernamentales, el ex presidente Omar Hassan Ahmad Al Bashir declaró un estado de emergencia de un año y disolvió los gobiernos estatales y federales.

Posteriormente, el 11 de abril de 2019, luego de continuas protestas, el Primer Vicepresidente y Ministro de Defensa, el Teniente General Awad Mohamed Ahmed Ibn Auf, anunció que el ex presidente Sr. Al Bashir había sido arrestado, que la Constitución había sido suspendida y el Congreso Nacional se había disuelto. El Teniente General Ibn Auf también anunció la formación de un Consejo Militar de Transición (TMC, por sus siglas en inglés).

El Sr. Al Bashir fue transferido a la prisión de Kober, Jartum, el 17 de abril de 2019. Los medios de comunicación sudaneses informaron que el Sr. Al Bashir enfrenta cargos internos en relación con el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo y el asesinato de manifestantes durante las protestas antigubernamentales antes de su arresto. Además, el 12 de noviembre, las autoridades sudanesas habrían presentado nuevos cargos contra Al Bashir y otros

exfuncionarios del gobierno en relación con el golpe de estado que lo llevó al poder en 1989. Por ahora fue condenado a dos años de prisión.¹⁶⁵

Asimismo, se presumía que finalmente sería entregado a la Corte Penal Internacional, ya que el gobierno de transición informó en agosto de 2021 que lo entregaría junto con otros imputados ante la Corte,¹⁶⁶ sin embargo, la situación política en Sudán se ha vuelto inestable nuevamente por lo que es incierto si esto se concretará.

En cuanto a la situación actual de los otros sospechosos, Ahmad Muhammad Harun, Abdel Raheem Muhammad Hussein y Abdallah Banda Abakaer Nourain siguen aún en libertad sin ser entregados a la Corte y sin certeza exacta de su ubicación.

El 9 de junio de 2020, la Corte emitió un comunicado de prensa informando que Ali Kushayb estaba en custodia de la Corte, después de haberse entregado voluntariamente.¹⁶⁷ Diferentes reportes informaban de su presencia en la República Centro Africana, a donde se había dirigido por temor a ser arrestado por el gobierno de transición en Sudán. Aparentemente, la MINUSCA jugó un papel importante en su detención o rendición.

Como consecuencia de esta situación, un día después del anuncio de la CPI sobre Ali Kushayb, el gobierno de transición de Sudán dijo que estaba dispuesto a discutir los juicios contra las personas buscadas por la Corte Penal Internacional, sin embargo, ante el cambio nuevamente en la situación política de este país, vuelve a quedar la incertidumbre sobre la posibilidad de que en algún momento puedan presentar a los acusados ante la justicia.

Sin duda, el envío de la situación de Darfur a la Corte fue una manera de hacer ver que el Consejo de Seguridad estaba haciendo algo, pero las otras vías para limitar el conflicto no se estaban ejecutando tan rigurosamente como deberían. Aunque el envío de la situación es bienvenido, éste se dio teniendo como

¹⁶⁵ https://elpais.com/internacional/2019/04/11/actualidad/1554966659_518048.html?rel=listaapoyo; https://elpais.com/internacional/2019/12/14/actualidad/1576320544_912764.html

¹⁶⁶ <https://www.dw.com/es/sud%C3%A1n-entregar%C3%A1-al-expresidente-omar-al-bashir-a-la-corte-penal-internacional/a-58833600>

¹⁶⁷ Situation in Darfur (Sudan): Ali Kushayb is in ICC custody, Press Release, 9 June 2020, ICC-CPI-20200609-PR1525.

antecedente el apoyo y asistencia mínima del Consejo de Seguridad a la fuerza de mantenimiento de paz de la Unión Africana, ya de por sí con poco personal, subequipada trabajando contra las probabilidades para llevar el conflicto de Darfur a su fin. Como bien lo expresa Cryer *“the referring of the matter to the ICC may be seen as stationing an ambulance at the bottom of a cliff, rather than erecting a fence at the top. Prevention is better than cure.”*¹⁶⁸

2. Estudio de la situación en Libia: remisión, casos e impacto

El 26 de febrero de 2011, en su resolución 1970, el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas decidió, por unanimidad, remitir la situación en la Jamahiriya Árabe Libia desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la Corte Penal Internacional.¹⁶⁹ Ahora bien, a diferencia de lo ocurrido con la remisión de la situación de Darfur, esta resolución no sólo se limitó a remitir la situación a la CPI, sino que también tomó una serie de medidas con respecto al conflicto armado interno que se estaba desarrollando en Libia.

En este sentido deben analizarse los dos enfoques de esta resolución: como medida para el restablecimiento de la paz, y la sección referida a la remisión. En principio porque no puede entenderse la remisión de esta situación aislada del resto de medidas y, además, porque debe contextualizarse la dicotomía paz *versus* justicia que representó la remisión entre las medidas adoptadas en esta resolución. La cual a su vez debe leerse en conjunto con la Resolución 1973 (2011) que fue la que permitió el ataque aéreo sobre Libia.

Con este propósito es necesario hacer una breve reseña de los hechos que llevaron a este conflicto. En febrero de 2011 comenzó una serie de manifestaciones para pedir la reforma democrática y el derrocamiento del régimen de Gaddafi, inspiradas en lo sucedido en Túnez y en Egipto, que habían resultado en la separación del poder de sus respectivos mandatarios. El Gobierno respondió a esas manifestaciones mediante una fuerza considerable. Esto produjo una escalada del

¹⁶⁸ Cryer, Robert, “Sudan, Resolution 1593...”, *cit.*, p. 222.

¹⁶⁹ Ver CS Res. 1970 de fecha 26 de febrero de 2011.

uso de la fuerza y, a fines de febrero, Libia se encontraba ya en una situación de guerra civil.¹⁷⁰

Como consecuencia de esta situación el Consejo de Derechos Humanos emitió la Resolución S-15/1 del 25 de febrero de 2011 titulada “Situación de los derechos humanos en la Jamahiriya Árabe Libia”, en la cual se estableció una Comisión Internacional de Investigación, tal como se hizo en el caso de Sudán. Sin embargo, como puede observarse la fecha de esta resolución es un día antes de la remisión por parte del Consejo de Seguridad, por lo que a diferencia de lo que ocurrió con Sudán no fueron las conclusiones de la Comisión de Investigación las que llevaron a la recomendación de una remisión, sino que ésta se realizó antes de que incluso la comisión comenzara a funcionar.

Durante las sesiones en el Consejo de Seguridad se discutió el efecto de remisión como una de las medidas para el restablecimiento de la paz en Libia. Considerando que la remisión a la Corte tendría el efecto de la cesación inmediata de la violencia y el restablecimiento de la calma y la estabilidad.¹⁷¹ Asimismo se consideró que el Consejo, con esta acción transmitía un mensaje directo y contundente: la violencia debe terminar y los responsables de los ataques contra la población tendrán que responder por sus delitos.¹⁷² Declarándose incluso que la impunidad ya no era una opción, y que la CPI encontraba en esa cuestión, una vez más, una justificación para su existencia.¹⁷³

Se hace importante resaltar que, en esta resolución, además de la remisión a la CPI se tomaron las siguientes medidas: se decretó el embargo de armas, se impusieron prohibiciones de viajar a determinados nacionales libios, cuyos activos también resultaron congelados y se creó un Comité de Sanciones para vigilar la

¹⁷⁰ Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya, Human Rights Council Seventeenth session Agenda item 4 Human rights situation that require the Council's attention (A/HRC/17/44), párr. 26.

¹⁷¹ Consejo de Seguridad, 6491ª sesión, sábado 26 de febrero de 2011, New York, S/PV.6491, declaración del representante de India, Sr. Hardeep Singh Puri.

¹⁷² *Ibidem*, declaración del representante de Colombia, Sr. Osorio; declaración del representante de Bosnia y Herzegovina, Sr. Barbalić.

¹⁷³ *Ibidem*, declaración del representante de Francia, Sr. Araud; declaración del representante de Alemania, Sr. Wittig.

aplicación de esas medidas, designar a las personas que debían resultar afectadas por ellas y seguir la evolución de la situación.

En cuanto a los paralelismos de la remisión, destaca, al igual que en la resolución 1593 (2005) el hecho de que no se haya hecho referencia al Art. 13 del Estatuto de Roma, pero si al Art. 16 del Estatuto en el párrafo 12 del preámbulo. Asimismo, se observa que el párrafo 8 expresa que no se contribuirá con fondos para el desarrollo de esta investigación, con lo que volvemos a la reflexión anterior sobre la potestad del Consejo de Seguridad para decidir la provisión de fondos de Naciones Unidas. Este aspecto en particular tiene gran relevancia a la luz del desarrollo del trabajo de la Corte y por ende de su efectividad, como luego ha reflejado la propia Oficina de la Fiscalía en sus informes.

Esto sin contar los elementos ya comentados en la sección anterior sobre la inmunidad de los miembros de misiones de paz y la imposición de la obligación de cooperar con la Corte, establecidas en los párrafos 5 y 6 respectivamente. Igualmente, en su párrafo 7 invita al Fiscal a que cada seis meses, informe al Consejo sobre los avances de la investigación y de los casos que surjan derivados de la remisión. Hasta la fecha en que se escriben estas líneas se han presentado veinticuatro (24) informes.

Después de recibida la remisión, el 28 de febrero de 2011 la Fiscalía emprendió un examen preliminar de los presuntos crímenes cometidos por distintas instancias en Libia desde el 15 de febrero de 2011, y el 03 de marzo de 2011 concluyó que había bases razonables para creer que se habían cometido en Libia crímenes de la competencia de la Corte desde el 15 de febrero de 2011 y decidió abrir una investigación sobre esta situación.¹⁷⁴

Posteriormente, el 16 Mayo de 2011, el Fiscal solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares I que se expidiera una orden de arresto contra Muammar Abu Minyar Gaddafi, Saif Al Islam Gaddafi y el Jefe de la Inteligencia libia Abdullah Al Sanousi, por crímenes de lesa humanidad (asesinato y persecución de civiles) presuntamente cometidos en Libia desde el 15 Febrero de 2011. El 27 de junio de

¹⁷⁴ ICC Prosecutor to open an investigation in Libya, Statement: 02.03.2011 ver en <https://www.icc-pi.int/pages/item.aspx?name=statement%20020311>

2011, la Sala de Cuestiones Preliminares dictó las órdenes de arresto correspondientes.

Cabe destacar que, en el caso de Sudán, fue en el 2008, es decir tres años después cuando se solicitaron las primeras órdenes de arresto y no fue sino hasta marzo de 2009 que la Sala de Cuestiones Preliminares las aprobó. Lo cual llama la atención cuando lo comparamos con la respuesta de la Corte en esta situación. Como lo explican Triponnel y Williams, la decisión política de remitir la situación de Libia a la CPI fue el resultado de una convergencia de intereses estratégicos entre los miembros del Consejo de Seguridad y la percepción de que la Corte podría usarse como una herramienta de diplomacia coercitiva para ayudar a poner fin al conflicto.¹⁷⁵

De estas tres investigaciones mencionadas, sólo continúa la causa contra Saif Al Islam Gaddafi. El caso contra Muammar Abu Minyar Gaddafi terminó oficialmente el 22 de noviembre de 2011, ya que este fue asesinado el 20 de octubre de 2011.

El procedimiento contra Abdullah Al Sanousi finalizó el 24 de julio de 2014 cuándo la Sala de Apelaciones confirmó la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I del 11 de octubre de 2013, en la que declaró inadmisibile el caso ante la CPI.¹⁷⁶ Al momento de dictarse la orden de detención este se encontraba en Mauritania y allí fue detenido el 17 de marzo de 2012. El 5 de septiembre, las autoridades de Mauritania, lo transfirieron a las autoridades libias en Trípoli en donde ha permanecido detenido desde entonces.

El 02 de abril de 2013, Libia presentó una "Solicitud en nombre del Gobierno de Libia relativa a Abdullah Al-Senussi en virtud del Artículo 19 del Estatuto de la CPI" impugnando la admisibilidad del caso contra el Sr. Al-Senussi ante la Corte de

¹⁷⁵ Triponel, Anna y Williams, Paul, "The Clash of the Titans: Justice and Realpolitik in Libya", *American University International Law Review*, Vol. 28, No. 3, 2013, 775.

¹⁷⁶ Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi", ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014.

conformidad con los Arts. 17.1 a) y 19.2 b) del Estatuto. Como consecuencia de esta solicitud, las investigaciones se suspendieron mientras se tomaba una decisión.¹⁷⁷

El 11 de octubre de 2013, la Sala de Cuestiones Preliminares dictó la decisión sobre la solicitud de impugnación concluyendo que las autoridades competentes de Libia, con jurisdicción sobre el caso estaban investigando el mismo caso que el Fiscal contra el Sr. Al-Senussi, y no había evidencias de que no estuviesen dispuestas o no pudieran realmente llevar a cabo la investigación y los procedimientos correspondientes relativos al caso. Por lo tanto el caso contra Al-Senussi fue declarado inadmisibile ante la Corte de conformidad con el Art. 17.1 a) del Estatuto.¹⁷⁸

Esta decisión fue confirmada el 24 de julio de 2014 por la Sala de Apelaciones como ya fue mencionado. La Corte confirmó la solicitud de Libia de que el caso contra el Sr. Al-Senussi fuese escuchado en el país. Como resultado de esto y sin perjuicio del derecho del Fiscal de presentar una solicitud de revisión de la decisión debido a un cambio en las circunstancias, los procedimientos contra el Sr. Al-Senussi ante la CPI concluyeron.¹⁷⁹

El Art. 19.10 del Estatuto de Roma establece que:

10. Si la Corte hubiere declarado inadmisibile una causa de conformidad con el artículo 17, el Fiscal podrá pedir que se revise esa decisión cuando se haya cerciorado cabalmente de que han aparecido nuevos hechos que invalidan los motivos por los cuales la causa había sido considerada inadmisibile de conformidad con dicho artículo.

Aunque hasta la fecha, el Fiscal no ha tomado la decisión de presentar una solicitud de revisión en virtud del artículo 19.10 del Estatuto antes citado, a la luz del

¹⁷⁷ Application on behalf of the Government of Libya relating to Abdullah Al-Senussi pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11-307-Red2, 02 April 2013.

¹⁷⁸ Pre-Trial Chamber I, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, 11 October 2013, ICC-01/11-01/1, párr. 311.

¹⁷⁹ Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi", ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014.

deterioro de la situación de seguridad en el país, la Fiscalía pidió a Libia que pusiera a su disposición información sobre los procedimientos contra el Sr. Al-Senussi. La Fiscalía también tomó medidas para garantizar que se realizara un monitoreo independiente del juicio. Desde entonces, la Fiscalía ha obtenido información de la UNSMIL sobre los procedimientos internos, así como de la oficina del Fiscal General de Libia y de miembros independientes de la sociedad civil.

El 28 de julio de 2015, el Tribunal de lo Penal de Trípoli condenó a muerte a Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, entre otros acusados, por los crímenes que presuntamente cometieron durante el levantamiento de Libia en 2011. La Fiscalía recibió información de que el 15 de septiembre de 2015, el Sr. Al-Senussi interpuso un recurso de apelación contra su condena y sentencia ante el Tribunal de Apelaciones de Trípoli. Hasta la fecha, la Fiscalía no ha recibido ningún informe sobre la evolución del caso interno contra el Sr. Al-Senussi, que se encuentra actualmente ante la Corte Suprema de Libia y continúa monitoreando cualquier desarrollo de este tipo.¹⁸⁰

Con respecto al caso de Saif Al-Islam Gaddafi, el 19 de noviembre de 2011 este fue capturado por combatientes de las brigadas de Zintan cerca de la ciudad sureña de Sabha, hecho que fue confirmado el 23 de noviembre de 2011, por las autoridades libias. En este sentido, el 09 de enero de 2012 las autoridades libias pidieron retrasar la entrega del acusado a la CPI, petición que fue rechazada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

El 22 de marzo de 2012, el Gobierno de Libia notificó a la Sala de Cuestiones Preliminares su intención de impugnar la admisibilidad del caso en la Corte contra Saif Al-Islam Gaddafi. Efectivamente, el 3 de mayo de 2012, el Gobierno de Libia presentó una solicitud de conformidad con los artículos 17.1 a) y 19.2 b) del Estatuto de Roma impugnando la admisibilidad del caso argumentando que sus autoridades nacionales estaban investigando el mismo caso que estaba bajo la jurisdicción de la Corte, e incluso se habían agregado crímenes adicionales a los imputados por la

¹⁸⁰ Eleventh Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant To UNSCR 1970 (2011), de fecha 26 de mayo de 2016, párr. 5.

CPI.¹⁸¹ Cabe destacar que, esta fue la primera situación en la que un Estado impugnó la admisibilidad del caso, poniendo a prueba el principio de complementariedad que es la piedra angular de funcionamiento de la Corte.

El caso se declaró admisible el 31 de mayo de 2013 y fue confirmado posteriormente por la Sala de Apelaciones del 21 de mayo de 2014. Sin embargo, hasta la fecha, Libia aún no ha cumplido sus obligaciones a este respecto y de forma reiterada la Fiscalía ha repetido el llamado a Libia para que entregue inmediatamente a Saif Al-Islam Gaddafi a la Corte, aunque como podrá verse esto ha tenido diferentes matices.

Como se mencionó *supra*, el 28 de julio de 2015, el Tribunal de lo Penal de Trípoli condenó a muerte a Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi. Con respecto al caso contra Saif Al-Islam Gaddafi, la Fiscalía solicitó al gobierno de Libia que se abstuviese de ejecutar al acusado y que lo entregara de inmediato a la Corte.¹⁸² El 20 de agosto de 2015, Libia presentó su respuesta, declarando que la sentencia de muerte contra Saif Gaddafi no era ejecutable en el país porque su juicio se celebró en ausencia, y por lo tanto no era definitivo, y que disfrutaba del derecho absoluto a un nuevo juicio cuando fuese transferido de Zintan a la custodia del gobierno.¹⁸³ Con esto reconoció que Saif Al-Islam Gaddafi no estaba bajo la custodia de las autoridades estatales.

El 5 de junio de 2018, Saif Al-Islam Gaddafi presentó una solicitud de impugnación a la admisibilidad de su caso ante la CPI, de conformidad con los artículos 17.1 c), 19 y 20.3 del Estatuto de Roma. Gaddafi afirmó que su caso era inadmisibile porque ya había sido juzgado en Libia por la misma conducta alegada por el Fiscal de la CPI, y que la Corte no permitía un juicio en virtud del artículo 20.3 del Estatuto, el cual establece que nadie será procesado por la Corte en razón de

¹⁸¹ Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11-130-Red, 03 May 2012.

¹⁸² Office of the Prosecutor, Prosecution Request for an Order to Libya to Refrain from Executing Saif Al-Islam Gaddafi, Immediately Surrender Him to the Court, and Report His Death Sentence to the United Nations Security Council, ICC-01/11-01/11-611, 30 July 2015.

¹⁸³ Response to Prosecution's 'Request for an Order to Libya to Refrain from Executing Saif Al-Islam Gaddafi, Immediately Surrender Him to the Court, and Report His Death Sentence to the United Nations Security Council', ICC-01/11-01/11-612, 20 August 2015, párrs. 5-8.

conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto.¹⁸⁴

El 14 de junio de 2018, la Sala de Cuestiones Preliminares I emitió una decisión sobre el desarrollo de los procedimientos relacionados con la impugnación de admisibilidad del Sr. Gadafi, invitando a las partes interesadas a participar y presentar sus argumentos.¹⁸⁵ Si bien la admisibilidad de esta causa ya había sido impugnada por Libia, declarada improcedente y por tanto el caso admisible, esta se volvió a analizar a la luz de los hechos para el momento de la nueva solicitud hecha por el acusado.

Por su parte la Fiscalía solicitó a la Sala que se declarara admisible el caso contra el Sr. Gadafi entre otros aspectos, porque como prófugo de la justicia tanto en Libia como ante la CPI, Gadafi no tenía capacidad procesal para impugnar la admisibilidad. Además, la Fiscalía sostuvo que el Sr. Gadafi no había sido juzgado en Libia a los efectos de los artículos 17.1 c) y 20.3 del Estatuto.¹⁸⁶

El Sr. Gadafi declaró en su solicitud de impugnación de admisibilidad que había sido puesto en libertad en Zintan el 12 de abril de 2016 aproximadamente. La Fiscalía no conoce su paradero actual. El Panel de Expertos de las Naciones Unidas en Libia, en su informe del 5 de septiembre de 2018, señaló que se había reunido con un abogado del señor Gadafi que había confirmado que este se encontraba en Zintan, donde tenía libertad de movimiento.

El 5 de abril de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares I, por mayoría, rechazó la impugnación de admisibilidad, y como resultado de esta decisión, el caso del señor Gadafi sigue siendo admisible ante la CPI. El 11 de abril de 2019, el Sr. Gaddafi presentó un recurso contra dicha decisión y finalmente, el 9 de marzo de 2020, la Sala de Apelaciones confirmó por unanimidad la admisibilidad del caso contra Saif Al-Islam Gaddafi ante la Corte. Sin embargo, hasta la fecha sigue libre.

¹⁸⁴ Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gadafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute, ICC-01/11-01/11-640, 05 June 2018.

¹⁸⁵ Pre-Trial Chamber I, Decision on the Conduct of the Proceedings following the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gadafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute” ICC-01/11-01/11-641, 14 June 2018.

¹⁸⁶ Sixteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), de fecha 02 de noviembre de 2018, párr. 8.

En el transcurso de estos casos se han dictado otras dos (02) órdenes de arresto. El 18 de abril de 2013, la Sala de Cuestiones Preliminares emitió una orden de arresto de carácter confidencial contra Al-Tuhamy Mohamed Khaled, el jefe de la Agencia de Seguridad Interna de Libia desde el 2005 hasta al menos el 24 de agosto de 2011. La Sala encontró motivos razonables para creer que entre el 15 de febrero de 2011 y el 24 de agosto de 2011, el Sr. Al-Tuhamy cometió los crímenes de lesa humanidad de prisión, tortura, otros actos inhumanos y persecución, y entre al menos principios de marzo de 2011 y el 24 de agosto de 2011, los crímenes de guerra de tortura, tratos crueles y ultrajes contra la dignidad personal.¹⁸⁷

A pesar de los importantes esfuerzos de la Fiscalía y la Secretaría de la Corte, la orden no ha sido ejecutada y el Sr. Al-Tuhamy sigue en libertad. Por lo tanto, el 24 de abril de 2017, la Fiscalía presentó una solicitud para reclasificar la orden de arresto como pública. Se consideró que la reclasificación de la orden de arresto como pública, podía facilitar el arresto y la rendición de Al-Tuhamy ante la CPI, ya que todos los Estados serán informados de su existencia.¹⁸⁸ Para ese momento, la Fiscalía no había podido confirmar de forma independiente el paradero del Sr. Al-Tuhamy.

Finalmente, la Sala transmitió a las autoridades competentes de la República Árabe de Egipto una solicitud de cooperación en el arresto y la entrega del Sr. Al-Tuhamy donde se creía que residía. La información en posesión de la Fiscalía indica que el Sr. Al-Tuhamy todavía reside en El Cairo, Egipto. La orden de arresto contra Al-Tuhamy Mohamed Khaled sigue pendiente de ejecución.

La segunda orden de arresto fue contra Mahmoud Mustafa Busayf al-Werfalli. El 23 de julio de 2017, aparecieron imágenes de video en diferentes redes sociales mostrando el asesinato de 20 personas detenidas. Esta fue la séptima de una serie de ejecuciones presuntamente ordenadas o llevadas a cabo por un comandante en la Brigada Al-Saiqa, el Mayor Mahmoud Mustafa Busayf al-Werfalli. La Brigada Al-Saiqa, una unidad de las Fuerzas Especiales, había estado activa en operaciones

¹⁸⁷ Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Al-Tuhamy Mohamed Khaled with under seal and ex parte Annex, ICC-01/11-01/13-1, 18 April 2013.

¹⁸⁸ Pre-Trial Chamber I, Decision on Reclassification of the Warrant of Arrest, ICC-01/11-01/13, 24 April 2017.

militares como parte de la Operación Dignidad del Ejército Nacional de Libia (LNA por sus siglas en inglés) desde su lanzamiento en mayo de 2014.¹⁸⁹

Teniendo en cuenta, en particular, la naturaleza creciente de los presuntos delitos, el 1 de agosto de 2017, la Fiscalía presentó una solicitud urgente confidencial para una orden de arresto contra el Sr. Al-Werfalli por su participación directa en las siete ejecuciones. En total, 33 personas fueron presuntamente asesinadas en el curso de estas ejecuciones, que se cree que tuvieron lugar entre el 3 de junio de 2016 y el 17 de julio de 2017 aproximadamente.¹⁹⁰

El 15 de agosto de 2017, la Sala de Cuestiones Preliminares I emitió una orden de arresto pública contra el Sr. Al-Werfalli.¹⁹¹ Tras la emisión de la orden de arresto, el Comando General de la LNA emitió una declaración oficial afirmando que, desde el 2 de agosto de 2017, el Sr. Al-Werfalli había sido arrestado y estaba siendo investigado por un fiscal militar. En otra declaración, el LNA reiteró que el Sr. Al-Werfalli estaba bajo investigación y dejó en claro que no lo entregarían a la CPI.

En su informe de noviembre de 2017 al Consejo de Seguridad, la Fiscalía señaló que, a pesar de la declaración oficial del Comando General del Ejército Nacional de Libia, de que el Sr. Al-Werfalli había sido arrestado y estaba siendo investigado por un fiscal militar, la información recibida indicaba que el Sr. Al-Werfalli estaba en libertad, continuó actuando como comandante en la Brigada Al-Saiqa de la LNA, y puede haber estado involucrado en más asesinatos desde que se emitió la orden de arresto.¹⁹²

El 6 de febrero de 2018, las imágenes de video publicadas en un sitio web de redes sociales mostraron que Al-Werfalli afirmaba que, siguiendo las instrucciones del Comando General de LNA, se entregaría a la policía militar de LNA para poder concluir las investigaciones relacionadas con la CPI. Según los informes, Al-Werfalli fue liberado después de una investigación de un día, luego de violentas protestas. Sin embargo, el 8 de febrero de 2018, el portavoz de la LNA declaró que el Sr. Al-

¹⁸⁹ Fourteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1970 (2011), de fecha 8 de noviembre de 2017, párr. 4.

¹⁹⁰ *Ibidem*, párr. 5.

¹⁹¹ Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest, ICC-01/11-01/17-2, 15 August 2017.

¹⁹² Fifteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1970 (2011), de fecha 9 de mayo de 2018, párr. 3.

Werfalli estaba bajo custodia. En esta fecha no se había verificado esta información.¹⁹³

El 1 de mayo de 2018, la Fiscalía solicitó que la Sala de Cuestiones Preliminares enmendara la orden de arresto del Sr. Al-Werfalli para agregar un octavo incidente de ejecuciones en el que presuntamente 10 personas fueron asesinadas. El 4 de julio de 2018, la Sala emitió una segunda orden de arresto pública contra el Sr. Al-Werfalli, argumentando que había motivos razonables para creer que había cometido el crimen de guerra de asesinato, de conformidad con el artículo 8.2 c) (i) del Estatuto de Roma, en relación con el octavo incidente de ejecución, descrito anteriormente.¹⁹⁴

Hasta la fecha, no sólo no se ha ejecutado la orden de arresto, sino que según informes recibidos por la Fiscalía indican que, el 8 de julio de 2019, el Comando General del Ejército Nacional de Libia (LNA) promovió al Sr. Al-Werfalli del rango de Mayor a Teniente Coronel. Lo que es una clara indicación de que el LNA no tiene intención de enjuiciar al Sr. Al-Werfalli por su responsabilidad por los crímenes alegados en las órdenes de arresto de la CPI.

La Fiscalía ha obtenido información de fuentes creíbles que indican que el Sr. Al-Werfalli ha continuado cometiendo múltiples delitos graves en Libia desde la emisión de las órdenes de arresto. Tres años después de la emisión de la primera orden de arresto, Al-Werfalli continúa evadiendo la justicia y sigue siendo un peligro.

Además de los casos antes mencionado la Fiscalía ha seguido otra serie de investigaciones pero que a la fecha no se han traducido en nuevas órdenes de arresto. Por ejemplo, al inicio de las investigaciones se recibieron comunicaciones en las que se denunciaba que los ataques lanzados por la OTAN contra Trípoli se habían cobrado vidas civiles, lo cual presuntamente constituía un ataque indiscriminado contra civiles.

Finalmente, la Fiscalía concluyó que no tenía jurisdicción para evaluar la legalidad del uso de la fuerza y evaluar el alcance adecuado del mandato de la OTAN en relación con la Resolución 1973 (2011) del CS y que no había encontrado

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ Pre-Trial Chamber I, Second Warrant of Arrest, ICC-01/11-01/17-13, 04 July 2018.

información para concluir que los ataques aéreos de la OTAN que pueden haber causado la muerte y lesiones a civiles o daños a objetos civiles fueron el resultado de la dirección intencional de ataques contra la población civil como tal o contra objetos civiles. Por lo tanto, la Fiscalía centró su atención en la pérdida accidental de vidas o lesiones a civiles en virtud del artículo 8.2 b) (iv) del ER hasta que finalmente dejó esta investigación.

Por otro lado, desde el inicio de las investigaciones hasta la fecha se ha hecho hincapié en la investigación de crímenes de género. La Comisión de Investigación entrevistó a varias víctimas y perpetradores y determinó que la violencia sexual tuvo lugar en Libia durante el período del 15 de febrero hasta el final del conflicto inicial. Descubrió que había dos patrones principales de violaciones dirigidas tanto a hombres como a mujeres. Un patrón identificado involucraba la violación de víctimas por numerosos hombres armados, ya sea en sus hogares o en otros lugares. Un segundo patrón identificado involucró las violaciones de las víctimas detenidas como castigo o para extraer información.

Esta investigación quedó detenida y se retomó, pero enfocada a la situación de los migrantes. Un informe de marzo de 2019 de la Comisión de Mujeres Refugiadas también describe una imagen terrible de violencia sexual generalizada y sistemática contra hombres, mujeres, niños y niñas migrantes, y cataloga ejemplos extremos de tortura de naturaleza sexual, incluso en centros de detención oficiales y no oficiales en Libia. La Fiscalía sigue analizando esta terrible victimización presuntamente infligida a mujeres, hombres y niños en el contexto de su Política sobre delitos sexuales y de género de 2014 y su Política sobre la infancia de 2016.

Asimismo, se evidenció que las fuerzas rebeldes o revolucionarias estuvieron involucradas en arrestos arbitrarios y desaparición forzada de leales a Gaddafi, oficiales de seguridad y miembros del antiguo gobierno. En su informe del 2 de marzo de 2012, la Comisión de Investigación de la ONU señaló que los misratanos creían que los tawerghans eran leales a Gadafi. La Comisión informó que una vez que las fuerzas rebeldes o revolucionarias tomaron el control de Misrata y terminaron el asedio, bombardearon Tawergha del 10 al 12 de agosto de 2011,

usando municiones indiscriminadas, y dispararon contra Tawerghans cuando salían de la ciudad, matando e hiriendo a civiles.

Se encontró que después de la toma de Trípoli, hubo detenciones arbitrarias de Tawerghans por parte de las milicias de Misrata y que, según los informes, los detenidos fueron sometidos a tortura o maltrato. En los meses posteriores al desplazamiento de la población de Tawergha, las casas y los edificios continuaron siendo saqueados y destruidos, las fuerzas rebeldes o revolucionarias de Misrata usaron un lenguaje racista o despectivo para describir a los Tawerghans, y expresaron la intención de que los Tawerghans nunca regresen. La Fiscalía ha considerado que estas acciones podrían constituir crímenes de lesa humanidad, sin embargo, no ha habido avances en la imputación de responsables.

Igualmente, la Fiscalía ha establecido que la jurisdicción de la CPI otorgada en virtud de la Resolución 1970 (2011) *prima facie* se extiende a los crímenes contemporáneos cometidos en el territorio de Libia, incluidos los cometidos por grupos supuestamente afiliados o que representan al autoproclamado Estado Islámico del Irak y el Levante (EILL) (conocido también como Da'esh). Esta determinación encuentra un mayor respaldo en las propias resoluciones del Consejo 2213 (2015) y 2238 (2015), donde manifiesta su preocupación por la tendencia de creciente de la presencia de grupos terroristas en Libia y de su afiliación con el Estado Islámico.

Por último, la Fiscalía también ha enfocado sus esfuerzos en la investigación de los crímenes contra migrantes. La Fiscalía ha adoptado un enfoque doble. Primero, continúa monitoreando, investigando y analizando las denuncias de crímenes cometidos contra migrantes y refugiados en Libia, tanto en centros de detención oficiales como no oficiales, para determinar si los crímenes cometidos están dentro de la jurisdicción de la Corte. En segundo lugar, continúa cooperando con Libia y otros Estados, así como con organizaciones nacionales e internacionales, para mejorar la coordinación de las estrategias de investigación y enjuiciamiento encaminadas a cerrar la brecha de impunidad.

Este enfoque positivo de la complementariedad está de acuerdo con el Objetivo Estratégico 6 del Plan Estratégico de la Fiscalía para 2019-2021, emitido

el 17 de julio de 2019. Su objetivo es fortalecer la capacidad de la Fiscalía y sus socios para cerrar la brecha de impunidad con respecto a la presunta criminalidad contra migrantes en Libia. Este enfoque tiene el beneficio de reunir el conocimiento y la red de la Fiscalía, los Estados pertinentes y las organizaciones regionales e internacionales, para abordar los delitos del Estatuto de Roma, los delitos transnacionales y otras actividades delictivas organizadas.

Esta estrategia ya ha tenido resultados positivos y concretos en varios casos, valiosas pruebas e información compartida por la Fiscalía con las autoridades policiales nacionales y se ha progresado en las investigaciones y enjuiciamientos nacionales relacionados con los delitos cometidos contra los migrantes que transitan por Libia. Sin embargo, no hay ninguna posible imputación en la Corte por delitos contenidos en el Estatuto de Roma.

Como puede observarse de las dos situaciones estudiadas no existe ningún caso en juicio, para empezar ninguno de los imputados se encontraba en custodia de la Corte, hasta la reciente entrega de Ali Kushyab. Asimismo, la inestabilidad política y el ambiente de conflictividad e inseguridad en ambos países ha hecho casi imposible llevar a cabo investigaciones efectivas. A esto hay que sumarle la falta de recursos, tanto de la Corte como institución como por el hecho que de forma unilateral el Consejo haya decidido que Naciones Unidas no contribuiría con presupuesto para dichas investigaciones. Por último, la falta de colaboración, ya sea la ausencia de la misma o la colaboración limitada, de los países involucrados, dificulta aún más la labor de la Corte.

La Corte para el desarrollo de su actividad depende directamente de la colaboración de los Estados y de los diversos actores internacionales. Sin esta cooperación su actividad es ineficaz. Claro está que existen matices sobre cómo puede materializarse dicha cooperación y, al final, sobre quién efectivamente está obligado a cooperar con la Corte en los términos del Estatuto y de las resoluciones de remisión emitidas por el Consejo de Seguridad, lo cual se desarrollará a continuación.

III. COOPERACIÓN DE TERCEROS ESTADOS CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Corte Penal Internacional además de ser un órgano jurisdiccional es también una organización internacional y como tal tiene un órgano de representación de los Estados parte: la Asamblea de los Estados Partes (ASP, por sus siglas en inglés). Este órgano se encarga de los temas administrativos de la Corte como el presupuesto, o el nombramiento de los magistrados, y ejerce la supervisión de las actividades de la Corte, y entre otras funciones de conformidad con lo establecido en el Art. 112.2 f) del Estatuto de Roma, examina cuestiones relativas a la falta de cooperación de los Estados de conformidad con los párrafos 5 y 7 del artículo 87.

El Art. 87.5 y 7 del Estatuto, se refiere tanto a la cooperación de los Estados que no son parte del Estatuto, como al incumplimiento del deber de cooperación de los Estados parte, y dispone:

5. a) La Corte podrá invitar a cualquier Estado que no sea parte en el presente Estatuto a prestar la asistencia prevista en la presente Parte sobre la base de un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada.

b) Cuando un Estado que no sea parte en el presente Estatuto y que haya celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte se niegue a cooperar en la ejecución de las solicitudes a que se refieran tal arreglo o acuerdo, la Corte podrá informar de ello a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.

(...)

7. Cuando, en contravención de lo dispuesto en el presente Estatuto, un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con el presente Estatuto, ésta podrá hacer una constatación en ese sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.

Cuando se discutió este artículo, una de las interrogantes de los redactores del Estatuto fue si efectivamente la ASP podía examinar el incumplimiento de Estados que no fuesen parte, ya que de conformidad con las reglas generales en materia del derecho de los tratados son considerados terceros estados con respecto al Estatuto de Roma. Igualmente, surgió la interrogante sobre cómo se podía activar este mecanismo de revisión en la ASP, ¿sería *proprio motu* o por remisión a este órgano?¹⁹⁵

En su décimo período de sesiones, la Asamblea de los Estados Partes aprobó los "Procedimientos de la Asamblea relativos a la no cooperación", allí en principio se define la falta de cooperación como el incumplimiento por cualquier Estado parte o un Estado que haya establecido con la Corte un arreglo especial, respecto de una solicitud de cooperación específica de la Corte (artículos 89 y 93 del Estatuto), tal como se define en los párrafos 5 b) y 7 del artículo 87 del Estatuto.¹⁹⁶

Esta solicitud de cooperación específica se refiere a la solicitud de entregas de personas y otras formas de colaboración con la Corte. En este sentido la Corte debe decidir primero sobre la falta de cooperación del Estado requerido y, posteriormente, transmitirlo a la ASP. Una vez en la ASP, la Mesa (que estará compuesta por un Presidente, dos Vicepresidentes y 18 miembros elegidos por la Asamblea por períodos de tres años) adoptará las medidas pertinentes.

Ahora bien, hay que destacar que en los casos en que la Corte haya remitido al Consejo de Seguridad un asunto de falta de cooperación en virtud del artículo 87, el Presidente de la Asamblea podría escribir al Presidente del Consejo de Seguridad pidiéndole que dé seguimiento a sus propias remisiones, a fin de estimular la cooperación con la Corte, y exponiendo lo que la Asamblea ha hecho en respuesta a la remisión de la Corte, pero además como una forma de lograr la cooperación del Estado correspondiente por conducto del Consejo de Seguridad.

¹⁹⁵ Bos, Adriaan, "Assembly of States Parties", en Cassese, Antonio et al., *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary*, Vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 307.

¹⁹⁶ Assembly procedures relating to non-cooperation, ICC-ASP/10/Res.5 as amended by ICC-ASP/11/Res.8, annex I and ICC-ASP/17/Res.5, annex II.

Bajo esta perspectiva se describirá el proceso de cooperación de Sudán y Libia, ya que en estos casos se cumple con la dualidad antes mencionadas: se trata de remisiones hechas por el Consejo de Seguridad, y ambos son Estados no parte del Estatuto quienes, siguiendo los principios generales en materia de derecho de los tratados, no estarían obligados a cooperar, pero que fueron compelidos a ello por las correspondientes resoluciones de remisión del Consejo de Seguridad a la Corte.

1. La cooperación en el caso de Sudán

En la resolución 1593 (2005) en la que se remite a la Corte la situación en Darfur el Consejo de Seguridad:

2. *Decide* que el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución y, aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente;

Inicialmente, la obligación primordial de cooperación derivada de esta resolución le corresponde a Sudán. Obligación que durante todo el período de investigación desde el 2005 hasta el 2019 mientras estuvo Omar Al Bashir en la presidencia no se cumplió, y no solamente no cumplió con esta obligación, sino que se desafiaron las órdenes de detención, viajando al territorio tanto de países miembros del Estatuto como al territorio de países no miembros, pero que, en teoría, por ser miembros de Naciones Unidas estarían vinculados por el contenido de la Res. 1593.

Si bien el párrafo antes citado de la Res. 1593 (2005), llama a cooperar con la Corte a las organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales, en su párrafo 3 hace énfasis en el papel de la Unión Africana:

3. *Invita* a la Corte y a la Unión Africana a que examinen arreglos prácticos que faciliten la labor del Fiscal y de la Corte, incluida la posibilidad de llevar a cabo actuaciones en la región, lo que contribuiría a las iniciativas regionales de lucha contra la impunidad;

Aunque desde el 2004 la Corte estaba negociando un acuerdo de relación con la Unión Africana, la remisión de la situación de Darfur aceleró estas negociaciones y en abril de 2005 ya había un proyecto de texto negociado. Sin duda, el fortalecimiento de la relación entre la CPI y la UA se consideraba un elemento clave durante la siguiente fase a los fines de facilitar una investigación expedita, lo cual finalmente no se concretó. Para ese momento también se encontraba en Darfur una Misión de la Unión Africana (AMIS, por sus siglas en inglés).

El 10 de marzo de 2006 el Consejo de Paz y Seguridad de la UA emitió un comunicado declarando que apoyaba la cooperación entre la UA y la Corte en Darfur. El Fiscal también recibió la confirmación por escrito del Embajador Konare (Presidente de la Comisión de la UA) y el Embajador Kingibe (Representante Especial de AMIS y Jefe de Misión) del compromiso de la UA de cooperar plenamente con la CPI y la determinación de la UA de ayudar en la lucha contra la impunidad. A pesar de esto el progreso en la cooperación era lento.¹⁹⁷

Ahora bien, después que se emitieron las primeras órdenes de arresto en 2007 cualquier rastro de cooperación desapareció. De hecho, como ya se mencionó en el apartado anterior el Gobierno de Sudán fue rotundo en sus declaraciones sobre la negativa no sólo de colaborar, sino de entregar a cualquier ciudadano sudanés a la Corte Penal Internacional. Como consecuencia de esto, el 19 de abril de 2010 la Fiscalía presentó a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad

¹⁹⁷ Third Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), de fecha 14 de junio 2006, p. 8.

con el artículo 87 del Estatuto de Roma, la primera solicitud de constatación de falta de cooperación por parte del Gobierno del Sudán en la causa *El Fiscal c. Ahmad Harun y Ali Kushayb*.¹⁹⁸

El 25 de mayo de 2010, la SCP emitió su decisión por la que informa al Consejo de Seguridad de la falta de cooperación por parte de Sudán. En esa decisión la Sala consideró que Sudán estaba incumpliendo sus obligaciones de cooperación dimanantes de la resolución 1593 (2005) por lo que se refiere a la ejecución de las órdenes de detención dictadas por la Sala contra Ahmad Harun y Ali Kushayb. Por último, la Sala ordenó que la Secretaría trasladara dicha decisión al Consejo de Seguridad, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, a fin de que el Consejo adoptara las medidas que juzgara oportunas.¹⁹⁹

Esta situación se repitió con respecto a la falta de cooperación en la ejecución de la orden arresto contra Omar Al Bashir, por la cual se dictaron igualmente, dos decisiones de incumplimiento del deber de cooperación de Sudán, el 27 de agosto de 2010 y el 12 de mayo de 2011, respectivamente, donde al igual que en el caso anterior se señalaba la obligación de cooperación del Estado emanada de la resolución del Consejo de Seguridad 1593 (2005) en la que se remitió la situación a la Corte.

A partir de ese momento la situación empeoró ya que el Omar Al Bashir, escudado en su investidura de presidente y la inmunidad que eso conlleva, a pesar de que el propio Estatuto no hace distinción de rangos, comenzó a lo largo de los años una serie de viajes a diversos Estados no parte, pero también a Estados parte del Estatuto como una forma de desafío de la autoridad de la Corte y del Consejo de Seguridad, que no tomó ninguna medida para prevenir o sancionar estos hechos. Esta situación condujo a una gran crisis entre la relación de los países africanos con la Corte, pero además a una crisis sobre su credibilidad y eficacia como institución.

¹⁹⁸ Office of the Prosecutor, Public Redacted Version of Prosecution request for a finding on the non-cooperation of the Government of the Sudan in the case of The Prosecutor v Ahmad Harun and Ali Kushayb, pursuant to Article 87 of the Rome Statute, ICC-02/05-01/20-55-Red, 19 April 2010.

¹⁹⁹ Pre-Trial Chamber I, Decision informing the United Nations Security Council about the lack of cooperation by the Republic of Sudan, Prosecutor v. Ahmed Harun and Ali Kushayb, ICC-02/05-01/07-57, 25 May 2010.

El 13 de diciembre de 2011, SCP I decidió que la República de Malawi incumplió las solicitudes de cooperación emitidas por la Corte con respecto a la detención y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir durante su visita el 14 de octubre de 2011. En esa misma fecha decidió que la República del Chad incumplió su deber de cooperación con la Corte en la detención y entrega de Omar Al Bashir durante su visita, el 7 y 8 de agosto de 2011. Las decisiones fueron remitidas al Presidente para su transmisión al Consejo de Seguridad y a la Asamblea de los Estados Partes para tomar las medidas necesarias que considerasen oportunas.

El 26 de marzo de 2013, Sala de Cuestiones Preliminares II emitió una segunda decisión en relación a Chad al considerar que había incumplido nuevamente su obligación de cooperar con la Corte en la detención y entrega Omar Al Bashir durante su visita el 16 y 17 de febrero de 2013. La decisión se remitió al Presidente para su transmisión ante el Consejo de Seguridad y de la ASP.

El 30 de enero de 2014, SCP II emitió una decisión sobre los viajes de Omar Al Bashir a Addis Abeba, Etiopía del 29 al 31 enero de 2014, en la que reconoció que, aunque la República Federal de Etiopía como un Estado no parte no tenía ninguna obligación de cooperar con la Corte, en la resolución 1593 del CS se exhortaba a todos los estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperasen plenamente con la Corte.

Por lo tanto, Sala de Cuestiones Preliminares II ordenó al Secretario transmitir a la República Federal de Etiopía las solicitudes de detención y entrega, así como la decisión actual, e invitó a la República Federal de Etiopía a que detuviese y entregase a la Corte a Omar al Bashir. Posteriormente, el 29 de abril se emitió una decisión similar por el viaje de Omar Al Bashir a este país del 25 al 27 de abril.²⁰⁰

El 26 de febrero de 2014, SCP II emitió una decisión durante la visita de Omar Al Bashir a la República Democrática del Congo (RDC), recordando a dicho país su obligación como Estado parte en el Estatuto de Roma de detener y entregar a Omar Al Bashir a la Corte de forma inmediata.

²⁰⁰ Nineteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), de fecha 23 de junio 2014, párr. 22.

El 3 de marzo de 2014, la SCP II emitió otra decisión, invitando a las autoridades de la RDC a presentar observaciones sobre la visita de Omar Al Bashir el 14 de marzo de 2014, su incapacidad para detener y entregar a Omar Al Bashir, por un lado, y por no consultar a la Corte acerca de los problemas identificados que podrían haber obstaculizado su cooperación. El 9 de abril de 2014, SCP II concluyó que la República Democrática del Congo incumplió su deber de cooperación al no detener y entregar a Omar al Bashir a la Corte durante su visita el 26 y el 27 de febrero de 2014.²⁰¹

El 26 de octubre de 2015, la Secretaría informó a la SCP II del viaje del Sr. Al Bashir a la República Islámica de Mauritania el 26 de julio de 2015 para participar en la cuarta cumbre de la Gran Muralla Verde del Sahara y el Sahel Initiative. Otros viajes reportados por el Sr. Al Bashir incluyeron su visita a la República Popular de China el 3 de septiembre de 2015, y a la República de Sudán del Sur el 26 de agosto de 2015. El Sr. Al Bashir asistió también a una reunión bilateral con el presidente Bouteflika en Argel (Argelia) del 11 al 13 octubre de 2015.

La Fiscalía también estableció que el Sr. Al Bashir viajó a la República Democrática Federal de Etiopía, en primer lugar, el 14 de agosto y el 9 de diciembre de 2015 donde participo en la celebración del día de las Naciones, las Nacionalidades y los Pueblos Etiópes. Bashir también viajó al Reino de Arabia Saudita del 11 al 15 de julio de 2015 y también el 3 y el 10 de noviembre de 2015. El Sr. Al Bashir también hizo un aterrizaje de emergencia en el aeropuerto internacional de Lahore, en la República Islámica de Pakistán alrededor del 31 de agosto de 2015. El 26 de octubre de 2015, la SCP II hizo una invitación urgente a la República de la India para detener y entregar al Sr. al Bashir ya que estaba viajando a este país para asistir a la India-África Summit. Adicionalmente, del 28 de noviembre 2015 y el 8 de diciembre de 2015, el Sr. al Bashir visitó los Emiratos Árabes Unidos.

La Sala de Cuestiones Preliminares II emitió otra decisión de incumplimiento por parte de la República de Djibouti con la solicitud de arresto y entrega de Omar

²⁰¹ Pre-Trial Chamber II, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09-195, 09 April 2014.

Hassan Ahmad Al-Bashir a la Corte el cual había viajado a Djibouti el 8 de mayo de 2016 para asistir a la toma de posesión del presidente Ismail Omer Gaili.²⁰² La misma semana viajó a Uganda, que es un Estado parte del Estatuto, para la toma de posesión del presidente Museveni en Kampala. El 11 de julio de 2016 la SCP II emitió una decisión sobre el incumplimiento por parte de la República de Uganda de la solicitud de arresto y entrega de Omar Al-Bashir a la Corte.²⁰³

El Sr. Al Bashir visitó la República de Chad el 8 de agosto de 2016. Esta fue la sexta vez que el Sr. Al Bashir visitó Chad desde que la Corte emitió la primera orden de arresto en su contra. Asimismo, Al Bashir asistió a la 28a Cumbre de la Liga Árabe en Ammán el 29 de marzo de 2017 y Jordania no tomó ninguna medida para arrestarlo y entregarlo a la Corte. El 26 de abril de 2017, la SCP II invitó a Jordania a presentar observaciones por no arrestar y entregar al Sr. Al Bashir. El 24 de mayo de 2017, la Secretaría comunicó a la SCP II una nota verbal confidencial de la Embajada de Jordania en La Haya. El 11 de diciembre de 2017, la SCP II emitió una decisión sobre el incumplimiento de Jordania de su obligación de cooperación.²⁰⁴

Al Bashir siguió viajando también a países que no son Estados parte del Estatuto:

- al Reino de Arabia Saudita el 23 de enero de 2017, 19 de junio de 2017, el 18 de julio de 2017, del 29 de agosto al 4 de septiembre de 2017 y del 14 al 19 de abril de 2018;
- a la República Democrática Federal de Etiopía el 9 de diciembre de 2016, el 22 de enero y el 4 de abril de 2017; el 12 de junio de 2017, del 3 al 4 de julio

²⁰² Pre-Trial Chamber II, Decision on the non-compliance by the Republic of Djibouti with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute, ICC-02/05 01/09-266-ENG, 11 July 2016.

²⁰³ Pre-Trial Chamber II, Decision on the non-compliance by the Republic of Uganda with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute, ICC-02/05 01/09-267-ENG, 11 July 2016.

²⁰⁴ Pre-Trial Chamber II, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir, ICC-02/05-01/09-309-ENG, 11 December 2017.

de 2017, el 8 de diciembre de 2017, del 28 al 30 de enero de 2018 y nuevamente, del 20 al 22 de abril de 2018;

- a los Emiratos Árabes Unidos el 19 de febrero de 2017 y 17 de julio de 2017;
- a Kuwait el 10 de abril de 2017;
- a Bahrein el 12 de abril de 2017;
- a Doha, Qatar el 13 de mayo de 2017, junto con Sr. Harun;
- al Reino de Marruecos aproximadamente el 3 de agosto;
- a Ruanda el 18 de agosto de 2017;
- a Rusia el 23 de noviembre de 2017;
- a Turquía el 13 de diciembre de 2017 y el 17 de mayo de 2018
- a Egipto el 19 de marzo de 2018; y
- a Ruanda del 20 al 21 de marzo de 2018.

En relación con cada uno de estos viajes, la Secretaría de la Corte envió una nota verbal al Estado pertinente, invitando a la cooperación en el arresto y entrega del señor Al Bashir, pero no se recibió respuesta a ninguna de estas notas verbales.²⁰⁵

Los últimos viajes del Sr. Al Bashir registrados por la Corte a Estados que no son parte en el Estatuto, incluyeron: Arabia Saudita el 10 de junio de 2018, la Etiopía los días 21 y 22 de junio, 12 de septiembre y el 17 y 18 de noviembre de 2018, Mauritania del 30 de junio de 2018 al 2 de julio de 2018, Turquía el 9 de julio de 2018 y del 28 al 30 de octubre de 2018, la República Popular de China del 31 de agosto al 5 de septiembre de 2018, la Federación de Rusia del 13 al 16 de julio de 2018, Guinea Ecuatorial del 11 al 13 de octubre de 2018, Sudán del Sur el 31 de octubre de 2018 y Egipto el 6 de noviembre de 2018.²⁰⁶

Todas estas situaciones y las decisiones de incumplimiento fueron remitidas según los procedimientos *supra* descritos a la Asamblea de los Estados Partes y al Consejo de Seguridad, por tratarse de una situación remitida por este órgano y en especial en el caso los Estados que no son parte en el Estatuto, ya que en teoría

²⁰⁵ Report of the Registrar on action taken in respect of information received relating to travels by Mr Omar Al-Bashir to States not party to the Rome Statute between 7 April 2017 and 6 March 2018.

²⁰⁶ Twenty-Eighth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), 14 de diciembre de 2018, párr. 20.

estaban obligados a cooperar por conducto del mandato de la Resolución 1593 (2005) cuya obligatoriedad deriva del Art. 25 de la Carta de Naciones Unidas. Sin embargo, la inacción del Consejo fue una característica de este proceso.

Además de ciertas menciones en resoluciones del Consejo sobre la situación en Sudán y algunas declaraciones de la Presidencia de este órgano, no se materializó ninguna acción concreta. Finalmente, en 2015 Nueva Zelanda sugirió que las decisiones de incumplimiento emitidas por la Corte y remitidas al Consejo podrían debatirse en un proyecto de resolución o declaración, carta y/o en una reunión con el país en cuestión. Además, Nueva Zelanda solicitó una consideración más seria sobre cómo el Consejo y las Naciones Unidas podrían lograr una relación productiva con el Gobierno de Sudán.²⁰⁷

En 2016, Francia se sumó a esta reflexión y sugirió que los Estados que hayan incumplido su obligación de cooperar con la Corte fuesen invitados a dirigirse al Consejo y que, sobre la base de tal intercambio, el Consejo luego determinase los próximos pasos a seguir. En la misma ocasión, otros miembros del Consejo, incluidos Uruguay, Suecia y Senegal, también aprovecharon la oportunidad para seguir alentando al Consejo a adoptar medidas efectivas cuando se les notifique la falta de cooperación de los Estados con la Corte.

A esta consideración se unieron posteriormente el Reino Unido, los Países Bajos, Suecia, Polonia y Perú expresando su preocupación por la falta de cooperación del Consejo y sugirieron que éste abordara los casos de incumplimiento remitidos por la Corte de una manera más estructurada y sistemática. Pero como puede verse más allá de discusiones políticas luego de más de 10 años de la remisión nunca se ha materializado ninguna acción.

2. La cooperación en el caso de Libia

En la resolución 1970 (2011) en la que se remite a la Corte la situación en Libia el Consejo de Seguridad:

²⁰⁷ Twenty-Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), de fecha 13 de diciembre de 2016, párr. 19.

5. Decide que las autoridades libias deben cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria de conformidad con la presente resolución, y, aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna en virtud de él, insta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que cooperen plenamente con la Corte y el Fiscal;

Como se comentó en la sección anterior a diferencia de lo que ocurrió con la situación de Sudán, la fase de examen preliminar fue muy expedita, y se inició casi de inmediato con la investigación y luego los primeros casos, todo esto dentro de los seis (06) primeros meses posteriores a la remisión. Cuando se inició la investigación la Fiscalía resaltó el apoyo recibido tanto de Estados partes como de otros que no son partes. La Fiscalía dirigió diferentes solicitudes de asistencia a Estados y organizaciones y todas se cumplieron. Además, INTERPOL envió en nombre de la Fiscalía dos solicitudes a todos sus países miembros.²⁰⁸

Desde el 2 de noviembre de 2011, la Fiscalía envió varias misiones de investigación a Libia y del 18 al 20 de abril de 2012, el Fiscal dirigió una misión y se reunió con el Consejo Nacional de Transición. A pesar de este escenario aparentemente optimista este contacto se redujo durante la transición política. En junio de 2012, cuatro empleados de la Corte fueron arrestados en Zintan y detenidos durante 26 días. Durante el período de detención de los empleados de la Corte, la Fiscalía limitó su propia presencia y actividades en Libia.

El período previo a las elecciones en Libia presentó una serie de desafíos, incluidos desafíos de seguridad, lo que limitó el contacto con el Gobierno de Libia. Tras las elecciones celebradas el 7 de julio de 2012, y la formación del nuevo gobierno, tanto dentro como fuera de Libia, se exploraron áreas de posible cooperación futura y coordinación de investigaciones. Estas discusiones positivas preliminares ilustraron la voluntad de la Fiscalía y del Gobierno de Libia de cooperar

²⁰⁸ Primer Informe del Fiscal de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de Conformidad con la Resolución 1970 (2011) del Consejo, 3 de mayo de 2011, párr. 28.

para avanzar en las investigaciones que podrían conducir al arresto y entrega de presuntos responsables.

El 19 de abril de 2013, el nuevo fiscal general, Sr. Abdul Qader Radwan y el coordinador designado de la CPI, el Dr. Ahmed El Gehani, visitaron La Haya por invitación del Fiscal.²⁰⁹ Ese mismo año, la Fiscalía y el Gobierno de Libia concluyeron un “Memorando de entendimiento para compartir la carga”, cuyo objetivo es facilitar los esfuerzos de colaboración para garantizar que las personas presuntamente responsables de cometer crímenes en Libia desde el 15 de febrero de 2011 sean llevadas ante la justicia, ya sea en la CPI o en la propia Libia.²¹⁰

El 29 de enero de 2014, el Fiscal de la Corte Penal Internacional y el Fiscal General de Libia, se reunieron en La Haya, para analizar la aplicación del memorando de entendimiento concluido, compartir más investigaciones y estrategias de arresto. En esa reunión, los representantes libios acordaron apoyar las continuas investigaciones de la Fiscalía, y ésta se centró en particular en los sospechosos fuera de Libia. La Fiscalía discutió los sospechosos prioritarios con los representantes libios y acordó reunirse nuevamente para discutir detalles prácticos.²¹¹

A pesar de estos acercamientos positivos y de la intención demostrada de cooperación con la Corte, la orden de arresto contra Saif Al-Islam seguía sin materializarse. Por esta razón, el 10 de diciembre de 2014, la Sala de Cuestiones Preliminares I emitió una decisión en la que señaló el incumplimiento de Libia de sus obligaciones de cooperación al no ejecutar las solicitudes de la Sala de entregar a Saif Al-Islam Gaddafi a la Corte, por lo que decidió remitir el asunto del incumplimiento de Libia al Consejo de Seguridad de conformidad con el artículo 109.4 del Reglamento de la Corte y 87.7 del Estatuto.²¹²

²⁰⁹ Fifth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), de fecha 8 de mayo de 2013, párr. 10.

²¹⁰ Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, to the United Nations Security Council on the situation in Libya, pursuant to UNSCR 1970 (2011), de fecha 14 de noviembre de 2013.

²¹¹ Seventh Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 12 de mayo de 2014, párr. 12.

²¹² Pre-Trial Chamber I, Decision on the non-compliance by Libya with requests for cooperation by the Court and referring the matter to the United Nations Security Council, ICC-01/11-01/11-577-ENG, 10 December 2014.

El Consejo se refirió a esta decisión en su resolución 2213 (2015), de fecha 27 de marzo, en la que reafirmó la importancia de exigir cuentas a los responsables de violaciones y abusos del derecho internacional humanitario, incluidos los implicados en ataques dirigidos contra civiles, y puso *“de relieve enérgicamente la importancia de una plena cooperación del Gobierno de Libia con la Corte Penal Internacional y el Fiscal.”* Dicha decisión también fue mencionada en su resolución 2238 (2015) en la que señala:

Recordando que en su resolución 1970 (2011) decidió remitir la situación imperante en Libia al Fiscal de la Corte Penal Internacional, observando la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de 10 de diciembre de 2014, y observando también la petición hecha por el Fiscal a la Sala de Cuestiones Preliminares el 30 de julio de 2015 para que Libia entregue de inmediato a Saif Al-Islam Gaddafi a la Corte,

Sin embargo, no hubo ninguna otra acción por parte del Consejo de Seguridad en este sentido y tampoco una acción concreta por parte del gobierno de Libia. A pesar de esto, en junio y septiembre de 2017, el Fiscal se reunió con el Primer Ministro Fayed al-Sarraj, quien reafirmó el compromiso de Libia con el estado de derecho y la rendición de cuentas, y con la cooperación con la CPI.

Por otro lado, la Fiscalía ha recibido el apoyo para esta investigación de diversos países tales como Túnez, Jordania, los Países Bajos, Reino Unido e Italia. Sin embargo, la Fiscalía ha reportado el hecho que varios Estados, incluidos Estados Partes en el Estatuto de Roma, no actúan de inmediato ante las solicitudes de asistencia, y que tales demoras obstaculizan las investigaciones en curso y detienen las acciones efectivas de seguimiento.

También ha recibido un importante apoyo de organizaciones internacionales, como INTERPOL, que ha brindado asistencia rápida y útil en general con respecto a los sospechosos. Además, la Fiscalía continúa recibiendo periódicamente información y evidencia de una variedad de grupos e individuos interesados. Igualmente, el apoyo y la asistencia por parte de la UNSMIL ha sido clave para la

Fiscalía en especial en el período que no podía realizar investigaciones en el terreno debido a factores de seguridad.

Cabe destacar que, a pesar del espíritu de colaboración en general, las órdenes de arresto en la situación de Libia siguen sin ejecutarse. A la intención del gobierno libio hay que sumar la situación de inestabilidad política y social que se ha vivido en el país desde 2011, y que no sólo no cesó con la instauración de un nuevo gobierno, sino que ha ido empeorando, y así lo demuestra la situación en materia de migrantes y en los temas del terrorismo, y como se planteó anteriormente, aunque la Corte sigue investigando no ha abierto nuevos casos y las órdenes de arresto vigentes no se han cumplido.

3. La fuente de la obligación de cooperación de terceros Estados

Como ya ha sido explicado, el Art. 13 b) del Estatuto de Roma permite que el Consejo de Seguridad remita situaciones a la Corte sin alguno de los nexos jurisdiccionales requeridos en su Art. 12.2. Ahora bien, esto genera ciertas interrogantes con respecto a su compatibilidad con las reglas generales del derecho de los tratados, ya que, se genera la obligación de cooperar plenamente con la Corte en el curso de una investigación, a un Estado que no ha consentido en las mismas, contrario a las reglas generales en esta materia.

En ambas resoluciones estudiadas, se está creando una obligación sobre un tercer Estado, pero a su vez reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna en virtud de él, lo cual representa una contradicción.

Ante esta situación surgen las interrogantes sobre la posibilidad de que efectivamente el Consejo de Seguridad vincule a un Estado no parte a un tratado al cual dicho Estado no ha manifestado su voluntad en obligarse. Como respuesta a este planteamiento se ha argumentado que se debe tomar como fundamento en estos casos el hecho que el país involucrado sea parte de las Naciones Unidas, ya que, la fuente de la obligación estaría en la Carta, y en consecuencia, en la obligatoriedad de la resoluciones del Consejo de Seguridad.²¹³

²¹³ Condorelli, Luigi y Ciampi, Annalisa, "Comments on the Security Council...", *cit.*, p. 593.

No obstante, dicha explicación deja lugar a ciertas dudas, en especial en lo relativo a los límites de los poderes del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta. Desde la creación de las Naciones Unidas y por ende, del Consejo de Seguridad, se han dado cambios radicales en el panorama internacional, lo que ha llevado a una interpretación extensiva de la Carta con la finalidad de adaptar sus funciones a las necesidades de la sociedad internacional, en especial ante los nuevos retos y amenazas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, sin embargo, es necesario cuestionarse si esto implica una carta en blanco para el Consejo ante cualquier circunstancia.

El artículo 2 h) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define Tercer Estado como un Estado que no es parte en el tratado. El régimen de derechos y obligaciones que pudieran otorgarse a los mismos se encuentra regulado en los artículos 34 a 38 de dicha Convención. El Estatuto de Roma como cualquier otro tratado distingue a los terceros Estados con respecto a las obligaciones que se derivan del mismo, y reconoce la necesidad de su consentimiento para hacerlos partícipes de sus procedimientos.

El nexo legal entre las partes contratantes de un tratado deriva del consentimiento: *ex consensu advenit vinculum*.²¹⁴ Tal como se refleja en el contenido del Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado es vinculante sólo entre las partes contratantes, por lo que sus efectos legales se reducen a las relaciones entre tales Estados *inter se*, ya que sólo crea derecho entre los Estados que son parte del mismo. Por lo que, para las partes no contratantes, es decir, aquellos que no han manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, éste es *res inter alios acta*.²¹⁵

El principio general, en esta materia es el conocido como *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, que significa que los pactos no obligan ni benefician a

²¹⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, entrada en vigor el 27 de enero de 1980, Art. 26; Dinstein, Yoram, "The Interaction between Customary International Law and Treaties", *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 322, 2006, p. 328.

²¹⁵ Dinstein, Yoram, *op. cit.*, p. 331; Danilenko, Gennady, "The Statute of the International Criminal Court and Third States", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3, 2000, p. 447; Remiro Brotons, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, Editorial Tirant Lo Blanch: Valencia, 2007, p. 581.

terceros.²¹⁶ Este principio deriva del derecho romano de los contratos, pero tiene una particular resonancia en el derecho internacional como consecuencia del principio de soberanía de los Estados, ya que, la soberanía implica que no hay acuerdo sin libre consentimiento.²¹⁷ La ilimitada discreción política relativa a la elaboración de los tratados deriva entonces directamente del principio de igualdad soberana de los Estados, establecido en el Art. 2.1 de la Carta de Naciones Unidas.

En el caso específico de la creación de obligaciones a terceros, según lo dispuesto en el Art. 35 de la Convención de Viena, para que un tratado dé origen a una obligación para un tercero es preciso que se cumplan, en síntesis, dos condiciones: 1) la intención de los negociadores de producir tales efectos; y 2) su aceptación por el tercero. La base jurídica para terceros Estados aparecerá por lo tanto en un acuerdo complementario o colateral por escrito, lo que implica que en este caso el tercer Estado no se vuelve parte del tratado.²¹⁸ Por lo que, ninguna obligación puede ser impuesta a un tercer Estado, excepto en caso de consentimiento explícito.²¹⁹

De todo lo antes planteado se evidencia que sin lugar a dudas la regla general en materia de tratados internacionales se basa en la manifestación del consentimiento de la partes en obligarse, claramente establecida como ya se mencionó en los Arts. 26 y 34 de la Convención de Viena, según los cuales un tratado sólo obliga a las partes contratantes del mismo, y este no puede causar efectos sobre terceros Estados, ya sea imponiendo obligaciones o incluso creando derechos sin el consentimiento de este, cuyo fundamento se encuentra en el principio de igualdad soberana de los Estados establecido en el Art. 2.1 de la Carta, y que como tal representa uno de los límites de actuación del Consejo de Seguridad el cual debe actuar de conformidad sus propósitos y principios.

²¹⁶ Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2013, p. 207; Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7ª Ed., Oxford University Press, 2008, p. 627; Chinkin, Christine, *Third parties in international law*, Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 25; Dinstein, Yoram, *op. cit.*, p. 331; Abass, Ademola, "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction", *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, p. 376.

²¹⁷ Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 25; Dinstein, Yoram, *op. cit.*, p. 331; Tomuschat, Christian, "Obligations arising for States without or against their will", *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 24, 1993, p. 242.

²¹⁸ Chinkin, Christine, *op. cit.*, pp. 33 y 41.

²¹⁹ Dinstein, Yoram, *op. cit.*, p. 332.

No se puede negar sin embargo el efecto que puede tener el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre terceros Estados, el asunto es entonces como encontrar un balance entre la operatividad efectiva de la Corte y su inevitable alteración de los derechos tradicionales de terceros Estados. Dibujar la línea no es tarea fácil, pero lo que sin lugar a dudas ocurrirá es que las actividades de la Corte, en referencia a nacionales de Estados no parte del ER afectarán intereses legales vitales de estos Estados no miembros.

CAPÍTULO TERCERO

LA FISCALÍA: CONFIGURACIÓN, FUNCIONES ACTUALES Y ANÁLISIS DE SU ACTIVIDAD

I. LA FISCALÍA: CONFIGURACIÓN Y FUNCIONES

A continuación, se procederá a realizar un estudio normativo sobre la estructura de la Fiscalía, las funciones de cada una de las divisiones de este órgano y del Fiscal en particular, como su máxima autoridad. Asimismo, se describirá brevemente el proceso judicial en la Fiscalía desde la remisión de una situación hasta que se abre un caso para iniciar un enjuiciamiento.

1. Estructura de la Fiscalía

La Corte está compuesta por cuatro órganos: La Presidencia, las Salas (de Cuestiones Preliminares, de Primera Instancia y de Apelaciones), la Secretaría y la Fiscalía.²²⁰ Ahora bien, la Fiscalía actúa como órgano independiente separado de la Corte. Sus funciones principales son recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte. Los miembros de la Fiscalía no pueden solicitar ni cumplir instrucciones de fuentes ajenas a la Corte.²²¹

Esta independencia funcional, como la denominan Bergsmo y Harhoff, es una expresión del principio de imparcialidad que implica la separación del trabajo de la Corte y de la Fiscalía.²²² Esto a su vez se ve reforzado por lo dispuesto en los párrafos 5 y 7 del artículo 42 del Estatuto que establece que el Fiscal y los fiscales adjuntos no realizarán actividad alguna que pueda interferir en el ejercicio de sus funciones o menoscabar la confianza en su independencia y no participarán en ningún asunto en que, por cualquier motivo, pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad.²²³

²²⁰ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Art. 34.

²²¹ *Ibidem*, Art. 42.1.

²²² Bergsmo, Morten y Harhoff, Frederik, "Article 42 The Office of The Prosecutor", en Triffterer, Otto y Ambos, Kai (Eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article*, 2ª Ed., Alemania, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008. p. 972.

²²³ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Art. 42.5 y 7.

La Fiscalía a su vez, se compone de tres Divisiones principales y dos Secciones de Apoyo: la División de Jurisdicción, Complementariedad y Cooperación; la División de Investigación; la División de Enjuiciamiento; la Sección de Servicios y la Sección de Asesoría Jurídica.²²⁴ Está dirigida por el Fiscal quien tiene plena autoridad para dirigirla y administrarla, con inclusión del personal, las instalaciones y otros recursos.²²⁵ Cuenta con un Comité Ejecutivo compuesto por el Fiscal y los Jefes de las tres Divisiones, el cual asesora al Fiscal, es responsable del desarrollo y adopción de las estrategias, políticas y el presupuesto de la Fiscalía y brinda orientación estratégica sobre todas sus actividades y las coordina.²²⁶

La División de Jurisdicción, Complementariedad y Cooperación es responsable, entre otros aspectos, del examen preliminar y por tanto de la evaluación de la información recibida de conformidad con los artículos 15 y 53.1 del Estatuto y las reglas 48 y 104 de las Reglas de Procedimiento y Prueba y, en este sentido de preparar informes y recomendaciones para ayudar al Fiscal a determinar si existe una base razonable para proceder con una investigación.²²⁷

Asimismo es responsable de la provisión de análisis y asesoramiento legal al Comité Ejecutivo sobre cuestiones de jurisdicción y admisibilidad en todas las etapas de las investigaciones y procedimientos; la prestación de asesoramiento jurídico al Comité Ejecutivo sobre cooperación, coordinación y transmisión de solicitudes para la cooperación realizada por la Fiscalía en virtud de la Parte IX del Estatuto, la negociación de acuerdos y arreglos de conformidad con el párrafo 3 del artículo 54 del Estatuto; y la coordinación de redes de cooperación e intercambio de información.²²⁸

Por su parte, la División de Investigación, es responsable de la elaboración de los planes de seguridad y políticas de protección necesarios para cada caso para garantizar la seguridad y el bienestar de las víctimas, testigos, personal de la

²²⁴ Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor el 23 de abril de 2009, Regla 5 Divisiones y Secciones.

²²⁵ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Art. 42.2.

²²⁶ Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor el 23 de abril de 2009, Regla 4 Comité Ejecutivo.

²²⁷ *Ibidem*, Regla 7 División de Jurisdicción, Complementariedad y Cooperación.

²²⁸ *Idem*.

Fiscalía y personas en riesgo por su interacción con la Corte, en apego a las buenas prácticas y en cooperación y coordinación con la Secretaría, cuando sea necesario, en asuntos relacionados con la protección y el apoyo.²²⁹

Asimismo, aporta conocimientos expertos y apoyo en lo tocante a las investigaciones, y asiste en la preparación y coordinación de los desplazamientos sobre el terreno de los funcionarios de la Fiscalía y realiza el análisis de hechos delictivos y de información y pruebas, en apoyo de exámenes y evaluaciones preliminares, investigaciones y enjuiciamientos.²³⁰

Como puede observarse, las funciones de la División de Investigación son transversales en cuanto a las etapas del procedimiento ante la Fiscalía, ya que participa tanto en la fase de examen preliminar, de investigación y de juicio, y no sólo en la de investigación como podría inferirse de su nombre. Igualmente, juega un papel fundamental en todo lo referido a la cooperación de los Estados con la Corte, ya que la Parte IX del Estatuto es la referida al deber de cooperación y asistencia judicial de los Estados parte.

Por último, la División de Enjuiciamiento es responsable de prestar asesoramiento jurídico sobre cuestiones que puedan surgir durante las investigaciones y que puedan afectar a futuros litigios; la elaboración de estrategias de litigio en el contexto del equipo de juicio para la consideración y aprobación del Comité Ejecutivo y su posterior implementación ante las Salas de la Corte; la realización de procesamientos, incluidos los litigios ante las Salas de la Corte; y la coordinación y cooperación con la Secretaría, cuando sea necesario, en cuestiones relacionadas con el juicio.²³¹

De las funciones antes mencionadas se observa que esta División se enfoca en la actividad jurisdiccional propiamente dicha, esto implica además no solo la actuación de la Fiscalía en los juicios en primera instancia sino también en la fase de apelaciones.

²²⁹ Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor el 23 de abril de 2009, Regla 8 División de Investigación.

²³⁰ *Ídem*.

²³¹ *Ibidem*, Regla 9 División de Enjuiciamiento.

Luego tenemos las secciones de apoyo y la Unidad de Género e Infancia. Tenemos primero la Sección de Servicios la cual es responsable de la preparación del presupuesto de la Fiscalía; la prestación de asesoramiento sobre control de gastos; la prestación de servicios de interpretación sobre el terreno durante las investigaciones y todas las traducciones realizadas dentro de la Fiscalía; el proceso de registro y almacenamiento de pruebas e información; y el desarrollo, introducción y mantenimiento de herramientas específicas de gestión de la información y prácticas requeridas por la Fiscalía.²³²

La Sección de Asesoría Legal es responsable de la prestación de asesoramiento jurídico, previa solicitud, al Fiscal, el Comité Ejecutivo y los Jefes de División; el desarrollo, introducción y mantenimiento de herramientas de investigación legal; la provisión, a solicitud del Fiscal, de formación jurídica específica al personal de la Fiscalía; y el desarrollo de la red académica jurídica de la Fiscalía.²³³

Por último, tenemos la Unidad de Género e Infancia, la cual está compuesta por personal con experiencia legal y de otro tipo en violencia sexual y de género y violencia contra los niños de conformidad con el Art. 42.9 del Estatuto. La Unidad será responsable de brindar asesoramiento al Fiscal, al Comité Ejecutivo y las Divisiones en todas las áreas relacionadas con la violencia sexual y de género y la violencia contra los niños, y contribuirá a los exámenes y evaluaciones preliminares, las investigaciones y los enjuiciamientos en esas áreas.²³⁴

Efectivamente el Art. 42.9 del Estatuto establece que *“El Fiscal nombrará asesores jurídicos especialistas en determinados temas como, por ejemplo, violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños.”* Como puede observarse la forma de cumplir con este mandato fue a través de la creación de esta unidad especializada dentro de la estructura de la Fiscalía. Asimismo, la Fiscalía ha publicado un Documento de política sobre crímenes sexuales y por

²³² Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor el 23 de abril de 2009, Regla 10 Sección de Servicios.

²³³ *Ibidem*, Regla 11 Sección de Asesoría Legal.

²³⁴ *Ibidem*, Regla 12 Unidad de género e Infancia.

motivos de género, en junio de 2014 y una Política relativa a los niños en noviembre de 2016, con lo que se observa una evolución en cuanto a la atención a estos temas.

2. El Examen Preliminar

El artículo 53.1 del Estatuto establece que al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal debe tener en cuenta si la información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte; si la causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17 del Estatuto; y si existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.²³⁵

El Art. 53 es el marco jurídico del examen preliminar, y así lo expresó la Fiscalía en su Documento de política general sobre exámenes preliminares, publicado en noviembre de 2013, en donde desarrolla los criterios antes mencionados como parte del proceso del examen preliminar y como filtro para iniciar una investigación. Ahora bien, aunque toda información recibida debe pasar por un examen preliminar para decidir si se inicia o no una investigación, la División realiza una depuración inicial dentro del proceso.

Cabe recordar que además de las remisiones por Estados parte y por el Consejo de Seguridad, el Fiscal puede iniciar de oficio una investigación sobre la base de información recibida acerca de un crimen de la competencia de la Corte, esto según lo dispuesto en el Art. 15.1 del Estatuto. Pero para tomar esta decisión, según lo establece la Regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la información recibida debe cumplir los criterios del Art. 53.1, asimismo se debe verificar la veracidad de dicha información.

Hasta la fecha la Fiscalía ha realizado diecisiete (17) exámenes preliminares de los cuales en cuatro (04) ocasiones ha decidido no abrir una investigación y en las otras trece (13) ha decidido a iniciar investigaciones, y en este momento se encuentran en proceso el examen preliminar de diez (10) situaciones.²³⁶ Esto nos

²³⁵ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Art. 42.2.

²³⁶ Ver <https://www.icc-cpi.int/pages/pe.aspx>

da un total de veintisiete (27) situaciones entre las revisadas y en revisión para examen preliminar, pero como se puede deducir del trabajo e importancia de una institución como la Corte Penal Internacional, la Fiscalía no ha recibido sólo veintisiete comunicaciones.

En el año 2011 se publicó el primer Informe sobre las actividades en materia de examen preliminar. En éste se indicó que la Fiscalía había recibido en ese año 431 comunicaciones en el marco del Art. 15 del Estatuto y un total de 9,332 desde julio de 2002 cuando éste entró en vigor. Sin embargo, durante el 2011, la Fiscalía completó dos (02) exámenes preliminares y en consecuencia inició dos (02) investigaciones: en las situaciones de Libia y Costa de Marfil.²³⁷

En este sentido, la Fiscalía a partir del año 2012 diseñó un sistema de filtros dentro del examen preliminar que comprende cuatro fases consecutivas:²³⁸ En la etapa 1, la Fiscalía realiza una evaluación inicial de toda la información recibida en virtud del artículo 15, para filtrar información sobre delitos que están fuera de la competencia de la Corte.

En la fase 2, analiza toda la información sobre presuntos delitos recibida o recopilada para determinar si se cumplen las condiciones previas para el ejercicio de la jurisdicción en virtud del artículo 12, es decir que sea cometido por un nacional o en el territorio de un Estado parte y si existe una base razonable para creer que los presuntos delitos caen bajo la competencia de la Corte en razón de la materia, es decir si es un posible genocidio, crimen de guerra, crimen de lesa humanidad o un crimen de agresión.

En la fase 3, analiza la admisibilidad en términos de complementariedad y gravedad. La complementariedad requiere un examen de la existencia de procedimientos nacionales pertinentes en relación con los casos que pudieran potencialmente surgir de una investigación, en los términos del Artículo 17 del Estatuto. Por su parte, la gravedad comprende una evaluación de la escala, la naturaleza y la forma de comisión de los crímenes, así como su impacto.

²³⁷ The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination activities, 13 de diciembre de 2011, párr. 15.

²³⁸ The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination activities 2012, noviembre de 2012, párr. 16.

Finalmente, en la fase 4, habiendo concluido de las primeras fases que el caso es aparentemente admisible, examinará si dicha investigación redunda en interés de la justicia, en los términos del Art. 53.1 c) del Estatuto. La recomendación de que una investigación no serviría a los intereses de la justicia solo se hará en circunstancias muy excepcionales.

Cabe destacar que cada uno de estos elementos, aunque no bajo el esquema de fases, han sido desarrollados y profundizados en el Documento de política general sobre exámenes preliminares, que publicó la Fiscalía en Noviembre de 2013. En éste se describen los principios, factores y procedimientos provenientes del Estatuto de Roma que la Fiscalía aplica durante la realización de sus actividades de examen preliminar.

A lo largo de los años se ha ido consolidando este sistema de filtros para el examen preliminar de las comunicaciones recibidas en la Fiscalía. Así, en el último informe hasta la fecha, sobre las actividades en materia de examen preliminar del 2019, que comprende el período entre el 1 de noviembre de noviembre de 2018 y el 31 de octubre de 2019, la Fiscalía recibió 795 comunicaciones en el marco del Art. 15.1 de Estatuto.²³⁹

Todas las comunicaciones recibidas fueron revisadas para evaluar si las denuncias contenidas en ellas se referían a: asuntos que están manifiestamente fuera de la jurisdicción de la Corte; una situación ya en examen preliminar; una situación que ya está siendo investigada o que constituye la base de un enjuiciamiento; o asuntos que no están manifiestamente fuera de la jurisdicción de la Corte ni están relacionados con un examen preliminar, una investigación o un enjuiciamiento existentes y, por lo tanto, ameritan un mayor análisis fáctico y legal por parte de la Fiscalía.

Luego de este proceso de filtrado, la Fiscalía determinó que, de las comunicaciones recibidas en el período del informe, 617 se encontraban manifiestamente fuera de la jurisdicción de la Corte; 112 estaban vinculadas a una situación que ya estaba en examen preliminar; 25 estaban vinculados a una

²³⁹ The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination activities 2019, 5 de diciembre de 2019, párr. 23.

investigación o enjuiciamiento; y 41 justificaron un análisis más detallado. De estas 41 se descartaron de la primera fase, durante el periodo del informe 4 situaciones, quedando aún 37 que está siendo analizadas a lo largo de este año.²⁴⁰

Del examen preliminar realizado se puede decidir abrir una investigación, pero también se puede decidir no investigar. Según lo establecido en el último párrafo del Art. 53.1 del Estatuto, así como se requiere de la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una investigación de oficio, si se considera no iniciar una investigación porque no redundaría en interés de la justicia también se debe informar a la Sala. El párrafo final del Art. 53.1 del Estatuto está diseñado para evitar un abuso en la discrecionalidad que tiene el Fiscal de iniciar o no una investigación.

Es importante destacar que, aunque de forma indirecta, existe otro mecanismo de control para el caso que se decida no iniciar una investigación. El Art. 15.6 del Estatuto dispone que *“después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado.”* Recordemos que el inicio de investigaciones de oficio proviene de la *notitia criminis*, en la que después profundizará la Fiscalía.

Esta disposición se encuentra ampliada en la Regla 49 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, en la que se especifica que no sólo se debe notificar de la decisión de no investigar, sino las razones a que obedece dicha decisión, de manera que se evite todo peligro para la seguridad, el bienestar y la intimidad de quienes le hayan suministrado información o para la integridad de las investigaciones o actuaciones. Igualmente, la notificación indicará además la posibilidad de presentar información adicional sobre la misma situación cuando haya hechos o pruebas nuevas.²⁴¹

Esta disposición se aplica también a las remisiones realizadas por Estados y por el Consejo de Seguridad, ya que, el Art. 53.2 del Estatuto, hace referencia a los

²⁴⁰ The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination activities 2019, 5 de diciembre de 2019, párr. 23.

²⁴¹ Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 49: Decisión e información con arreglo al párrafo 6 del artículo 15.

mecanismos de control en caso que se decida no enjuiciar, por lo que ya habría iniciado una investigación.

3. Deberes y facultades del Fiscal con respecto a las investigaciones

Como ya se mencionó en la sección anterior para que el Fiscal decida iniciar una investigación sobre una situación remitida, ya sea por un Estado parte, por el Consejo de Seguridad o de oficio, ésta debe pasar por un examen preliminar en donde se debe evaluar la competencia, admisibilidad, gravedad y si redundaría en interés de la justicia dicho procedimiento.

Si la Fiscalía decide que la situación ha cubierto estos requisitos entonces se inicia la investigación. Esto no implica aún la particularización en casos, es justamente la etapa en la que se decide qué casos y contra qué personas se iniciarán. Cabe destacar que el hecho de iniciar una investigación no implica necesariamente que se va a abrir un caso, o que de abrirse éste se llevará a juicio, aún después de iniciar una investigación el Fiscal puede decidir no enjuiciar, pero de esto se hablará más adelante.

Asimismo, para el inicio de investigaciones de oficio por la Fiscalía en caso de remisiones en el marco del Art.15.1 del Estatuto existe un paso previo, que no se da en las remisiones de situaciones por Estados parte o el Consejo de Seguridad, y es que se requiere de la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, para que el Fiscal pueda iniciar una investigación. Ésta revisará no solo la información en que fundamenta la Fiscalía su decisión, sino también cuestiones de admisibilidad en el marco de lo establecido en el Art. 53.1 del Estatuto, como se deriva del Art. 15.4 de este instrumento.

El procedimiento de autorización se complementa con lo establecido en la Regla 50 de las Reglas de Procedimiento y Prueba titulado Procedimiento para que la Sala de Cuestiones Preliminares autorice el inicio de la investigación. En dicha Regla se estipula que el Fiscal debe comunicar su intención a las víctimas, a menos que decida que ello puede poner en peligro la integridad de la investigación o la vida o el bienestar de las víctimas y los testigos; realizar la petición por escrito; la Sala para decidir podrá pedir información adicional a la Fiscalía o a las víctimas y deberá

dictar una decisión motivada, en cuanto a si autoriza en todo o en parte la solicitud del Fiscal de que se inicie una investigación.²⁴²

Debe resaltarse que este mecanismo de control no sólo se limita a la revisión y posterior autorización por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares, sino que deben considerarse otros elementos, empezando por el propio carácter complementario de la Corte, y por ende las causales de inadmisibilidad del caso, la limitación de su jurisdicción en razón de la materia, e incluso las normas referidas al sistema de elección y la cualificación profesional que debe tener una persona para ocupar dicho cargo. Por lo que el inicio de investigaciones de oficio por el Fiscal se podría considerar como el mecanismo menos politizado de los existentes para activar la jurisdicción de la Corte.

Ahora bien, las funciones y atribuciones del Fiscal durante la investigación se encuentran enumeradas en el Art. 54 del Estatuto el cual establece:

1. El Fiscal:

- a) A fin de establecer la veracidad de los hechos, ampliará la investigación a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes para determinar si hay responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto y, a esos efectos, investigará tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes;
- b) Adoptará medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte. A esos efectos, respetará los intereses y las circunstancias personales de víctimas y testigos, entre otros la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, y tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños; y
- c) Respetará plenamente los derechos que confiere a las personas el presente Estatuto.

²⁴² Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 50: Procedimiento para que la Sala de Cuestiones Preliminares autorice el inicio de la investigación.

2. El Fiscal podrá realizar investigaciones en el territorio de un Estado:
 - a) De conformidad con las disposiciones de la Parte IX; o
 - b) Según lo autorice la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 d) del artículo 57.
3. El Fiscal podrá:
 - a) Reunir y examinar pruebas;
 - b) Hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de investigación, las víctimas y los testigos;
 - c) Solicitar la cooperación de un Estado u organización o acuerdo intergubernamental de conformidad con su respectiva competencia o mandato;
 - d) Concertar las disposiciones o los acuerdos compatibles con el presente Estatuto que sean necesarios para facilitar la cooperación de un Estado, una organización intergubernamental o una persona;
 - e) Convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas, salvo con el acuerdo de quien haya facilitado la información; y
 - f) Adoptar o pedir que se adopten las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, la protección de una persona o la preservación de las pruebas.

El artículo 54 intenta tender un puente entre el enfoque antagonista del papel del Fiscal en sistemas del *common law* frente al papel del juez de instrucción en ciertos sistemas del *civil law*. Este es un enfoque que tiene sentido considerando la complejidad potencial de los casos que se espera que sean resueltos por la Corte.²⁴³ Esto implica tratar con criminales en el más alto nivel de responsabilidad, y la conducción de actividades de carácter investigativo y forense y la localización y

²⁴³ Bergsmo, Morten y Kruger, Pieter, "Article 54 Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations", en Triffterer, Otto y Ambos, Kai (Eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court -Observers' Notes, Article by Article*, 2ª Ed., Alemania, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008. p. 1078.

entrevista de testigos alrededor del mundo o acceder a archivos gubernamentales.

Todo lo anterior, sólo por mencionar algunos aspectos de la labor del Fiscal, no puede ser logrado sin la colaboración de los Estados. Sin embargo, los sospechosos y acusados ante los tribunales internacionales generalmente carecerían de la autoridad y el poder para solicitar la asistencia de los gobiernos. Esta es un área en la que el enfoque de *civil law* de un juez de instrucción mostró el camino hacia una solución viable al problema de la posible desigualdad entre los recursos del Fiscal y del sospechoso o acusado. El resultado fue un mandato claro y vinculante para el fiscal de investigar ambos lados del caso por igual.²⁴⁴

Cabe destacar que esta labor no la hace sólo el Fiscal. Se forma un equipo conjunto tras la decisión de proceder con una investigación en una situación, el cual está compuesto por personal de las tres Divisiones a fin de garantizar un enfoque coordinado durante toda la investigación. Su composición y el tamaño dependerá de las necesidades y la etapa de la investigación. Deberán informar periódicamente de su progreso y actividades al Comité Ejecutivo para recibir orientación estratégica.²⁴⁵

El equipo revisará la información y evidencia recolectada y determinará una o varias hipótesis de caso provisional identificando los incidentes a investigar y la persona o personas que parecen ser los más responsables. La o las hipótesis del caso provisional deberán incluir una indicación tentativa de posibles cargos, formas de responsabilidad penal individual y circunstancias potencialmente exonerantes. En cada hipótesis de caso provisional, el equipo conjunto tendrá como objetivo seleccionar incidentes que reflejen los delitos más graves y los principales tipos de victimización, incluidas la violencia sexual y de género y la violencia contra los niños, y que sean los más representativos de la escala y el impacto de los crímenes y deberá presentar la hipótesis del caso provisional al Comité Ejecutivo para su aprobación.²⁴⁶

Siguiendo la orientación estratégica del Comité Ejecutivo, el equipo

²⁴⁴ *Idem.*

²⁴⁵ Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor el 23 de abril de 2009, Regla 32 Equipos Conjuntos.

²⁴⁶ *Ibidem*, Regla 34 Identificación de un caso hipotético.

conjunto desarrollará un plan de recolección de evidencia y un plan de cooperación que se enviará al Comité Ejecutivo para su aprobación. En apoyo de las investigaciones, la Fiscalía preparará planes adicionales relacionados con la administración, la seguridad y las comunicaciones, en consulta con la Secretaría, según corresponda.²⁴⁷

Al planificar las actividades de investigación, el equipo conjunto se esforzará, en particular mediante la consulta con la Unidad de Género e Infancia, para garantizar el bienestar de las víctimas y los testigos y evitarles revivir el trauma. La o las hipótesis de caso y todos los planes se revisarán y ajustarán de forma continua teniendo en cuenta las pruebas recopiladas.²⁴⁸

El Art. 53.2 de Estatuto establece que, si tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.²⁴⁹

Este artículo debe leerse en conjunto con la Regla 106 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, ratificando la necesidad de que exprese las razones en que se fundamenta dicha decisión, que sea notificada a las partes interesadas según el mecanismo de remisión, pero agrega además que debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el párrafo 1 del Art. 68 del Estatuto que regula la protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones de la Corte.²⁵⁰

Ahora bien, sobre la decisión de no enjuiciar, el control por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares es más amplio que en el caso de la autorización de investigaciones, así se desprende del contenido del Art. 53.3 del Estatuto:

3. a) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo

²⁴⁷ *Ibidem*, Regla 35 Planificación de actividades de investigación.

²⁴⁸ *Idem*.

²⁴⁹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Art. 53.2.

²⁵⁰ Reglas de procedimiento y Prueba, Regla 106: Notificación de la decisión del Fiscal de no proceder al enjuiciamiento.

b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión;

b) Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

Como se observa del artículo antes transcrito la revisión por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares debe ser activada a petición de la entidad que originalmente remitió la situación, ya sea un Estado o el Consejo de Seguridad. Ahora bien, la Sala tiene la discrecionalidad de realizar la revisión o no, ya que como puede observarse se usa el verbo “podrá”. Sin embargo, no existen lineamientos precisos sobre las condiciones que debería tomar en consideración la Sala para decidir revisar o no la decisión de la Fiscalía de no iniciar un juicio.

Sólo se tienen los lineamientos para activar la revisión contenidos en la Regla 107 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, según la cual la solicitud debe ser presentada por escrito, acompañada de una exposición de motivos, dentro de los 90 días siguientes a la notificación de la decisión del Fiscal de no llevar el caso a juicio. Asimismo, se dispone que la Sala de Cuestiones Preliminares podrá pedir al Fiscal que le transmita la información o los documentos de que disponga, o resúmenes de éstos, que la Sala considere necesarios para la revisión.²⁵¹

Ahora bien, es importante resaltar que la revisión hecha por la Sala no sustituye la decisión del Fiscal, ya que, si se observa el texto del artículo antes transcrito, una vez hecha la revisión la Sala pedirá al Fiscal, si así lo determina, que reconsidere su decisión. No cambia la decisión del Fiscal ni tampoco le ordena el cambio. De esta forma no se quebranta tampoco su independencia. El Fiscal hará

²⁵¹ Reglas de procedimiento y Prueba, Regla 107: Solicitud de revisión de conformidad con el párrafo 3 a) del artículo 53.

la revisión, pero esto no quiere decir que debe necesariamente llegar a una conclusión diferente a la anterior.

La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares deberá ser adoptada por mayoría de los magistrados que la componen e indicar sus razones, y cuando pida al Fiscal que reconsidere, parcial o totalmente, su decisión de no iniciar una investigación o no proceder al enjuiciamiento, éste deberá hacerlo lo antes posible. Cuando el Fiscal adopte una decisión definitiva, la comunicará por escrito a la Sala con sus conclusiones e indicará sus razones. La decisión será comunicada a quienes hayan participado en la reconsideración.²⁵²

Por otro lado, tenemos la revisión de oficio que puede hacer la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la decisión de no investigar, pero ésta sólo procede en el supuesto que dicha decisión se fundamente en que la investigación o el enjuiciamiento no redundarían en interés de la justicia. Esta facultad de la Sala, a diferencia del supuesto anterior no necesita ser activada por un tercero. Sin embargo, aunque pareciera que es potestativa de la Sala en realidad es obligatoria ya que la decisión del o la Fiscal no surte efecto a menos que sea confirmada por la Sala.²⁵³

La Sala de Cuestiones Preliminares, tiene 180 días siguientes a la notificación del Fiscal de no investigar o enjuiciar, para revisar de oficio la decisión e informará al Fiscal de su intención de revisar su decisión y le fijará un plazo para presentar observaciones y otros antecedentes. Cuando sea un Estado o el Consejo de Seguridad el que haya presentado una solicitud a la Sala de Cuestiones Preliminares, será también informado y podrá hacer observaciones.²⁵⁴

Al igual que en el caso anterior la decisión de confirmar o no la decisión del o la Fiscal deberá ser adoptada por mayoría de los magistrados que componen la Sala e indicar sus razones. Sin embargo, en este caso si tienen un peso obligatorio

²⁵² *Ibidem*, Regla 108: Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares con arreglo al párrafo 3 a) del artículo 53.

²⁵³ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Art. 53.3 b).

²⁵⁴ Reglas de procedimiento y Prueba, Regla 109: Revisión por la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 53

sus conclusiones, ya que, cuando ésta no confirme la decisión del Fiscal, éste deberá iniciar una investigación o proceder al enjuiciamiento.

4. Apertura de casos y enjuiciamiento

En este punto hay que distinguir entre el momento en que se abre el caso y el momento en que inicia un juicio, ya que uno no necesariamente sigue al otro. Si bien la Fiscalía puede pedir una orden de arresto o una orden de comparecencia a la Sala de Cuestiones Preliminares, antes de que inicie un juicio debe darse una audiencia de confirmación de cargos, si no se confirman los cargos entonces, aunque se abrió el caso, éste no llega a juicio y finaliza.

En cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentadas por el Fiscal, estuviere convencida de que hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y la detención parece necesaria para: asegurar que la persona comparezca en juicio; asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o en su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.²⁵⁵

Igualmente, el Fiscal podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que, en lugar de una orden de detención, dicte una orden de comparecencia. La Sala, de estar convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona ha cometido el crimen que se le imputa y que bastará con una orden de comparecencia para asegurar que comparezca efectivamente, dictará, con o sin las condiciones limitativas de la libertad (distintas de la detención) una orden para que la persona comparezca.²⁵⁶

Dentro de un plazo razonable tras la entrega de la persona a la Corte o su comparecencia voluntaria ante ésta, la Sala de Cuestiones Preliminares celebrará

²⁵⁵ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Art. 58.1.

²⁵⁶ *Ibidem*, Art. 58.7.

una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento. En la audiencia, el Fiscal presentará respecto de cada cargo pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa.²⁵⁷

La Sala de Cuestiones Preliminares determinará, sobre la base de la audiencia, si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa. Según cual sea esa determinación, la Sala: a) Confirmará los cargos respecto de los cuales haya determinado que existen pruebas suficientes y asignará al acusado a una Sala de Primera Instancia para su enjuiciamiento por los cargos confirmados; b) No confirmará los cargos respecto de los cuales haya determinado que las pruebas son insuficientes.²⁵⁸

Cabe destacar que puede haber una confirmación parcial. La confirmación de cargos no necesariamente debe ser de todos los cargos imputados, pueden confirmarse unos y rechazarse otros. En este caso se iniciará el juicio sólo sobre los cargos confirmados por la Sala. De igual forma, el Fiscal puede apelar esta decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares.

Una vez confirmados los cargos la Presidencia constituirá una Sala de Primera Instancia que se encargará de la siguiente fase del procedimiento. Ésta velará porque el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos. Tan pronto como sea posible después de constituirse, celebrará una reunión con las partes a fin de fijar la fecha del juicio. La Sala notificará la fecha del juicio a quienes participan en el proceso y se asegurará de que esta fecha y cualquier aplazamiento sean hechos públicos.²⁵⁹

Todos los magistrados de la Sala de Primera Instancia estarán presentes en cada fase del juicio y en todas sus deliberaciones. Ésta fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio. El fallo se referirá únicamente

²⁵⁷ *Ibidem*, Art. 61.

²⁵⁸ *Ibidem*, Art. 61.7.

²⁵⁹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Arts. 61.11 y 64; Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 132: Reuniones con las partes.

a los hechos y las circunstancias descritos en los cargos o las modificaciones a los cargos, en su caso.²⁶⁰

Los magistrados procurarán adoptar su fallo por unanimidad, pero de no ser posible, éste será adoptado por mayoría. Las deliberaciones de la Sala de Primera Instancia serán secretas. El fallo constará por escrito e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. La lectura del fallo o de un resumen de éste se hará en sesión pública.²⁶¹

En caso de que se dicte un fallo condenatorio, la Sala de Primera Instancia fijará la pena que proceda imponer, para lo cual tendrá en cuenta las pruebas practicadas y las conclusiones relativas a la pena que se hayan hecho en el proceso.²⁶² La Corte podrá imponer a la persona declarada culpable una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.²⁶³

Además de la reclusión, la Corte podrá imponer: a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.²⁶⁴ Las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso pueden ser transferidos al Fondo Fiduciario, cuya misión es implementar las reparaciones ordenadas por la Corte y brindar apoyo físico, psicológico y material a las víctimas y sus familias.

II. ANÁLISIS CUANTITATIVO DE LA ACTIVIDAD DE LA FISCALÍA

1. Planteamiento de la Investigación

1.1. Planteamiento del problema

Según lo establecido en el párrafo cuarto del preámbulo y el artículo 5 del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional tiene competencia sobre los crímenes más

²⁶⁰ *Ibidem*, Arts. 74.1; Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 144: Anuncio de las decisiones de las Sala de Primera Instancia.

²⁶¹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Arts. 74.

²⁶² *Ibidem*, Arts. 76.

²⁶³ *Ibidem*, Arts. 77.

²⁶⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Arts. 77.

graves de trascendencia para la comunidad internacional, los cuales constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Por su parte, el Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales.

Ahora bien, la naturaleza diferente de estos órganos (jurídica y política) trae a colación la discusión entre la compatibilidad del ejercicio de la función jurisdiccional y los procesos de paz, de allí que se incorporaran al Estatuto de Roma ciertas facultades para el Consejo de Seguridad las cuales buscan brindar un balance entre el mantener y restablecer la paz e impartir justicia.

Hasta la fecha el ejercicio por parte del Consejo de Seguridad de estas facultades no ha cumplido los objetivos para los que se concedieron. La potestad de remisión no ha tenido ningún efecto disuasorio ni de restablecimiento de la paz en las situaciones de Darfur y Libia, respectivamente. En el caso de la potestad de suspensión -la más importante para el balance paz justicia- no ha sido realmente usada en los términos establecidos en el Estatuto, por el contrario, se ha intentado usar como instrumento de inmunidad selectiva para los miembros de misiones de paz, nacionales de países que no son parte del Estatuto de Roma.

Vistos los problemas que entraña el ejercicio de las potestades otorgadas al Consejo de Seguridad en el Estatuto de Roma, la interrogante que surge es cómo lograr un balance entre el ejercicio de la función judicial de la Corte, y los procesos de paz que se puedan desarrollar en situaciones en las que la Corte tenga que intervenir. en el marco de conflictos en curso.

En este sentido, se propone una modificación de las funciones del Fiscal, concediendo a éste los poderes que se establecieron en el Estatuto de Roma al CS. Tanto la posibilidad de remisión de situaciones sin nexo jurisdiccional como la suspensión de una investigación o un juicio estarían en manos de la oficina del Fiscal y no del CS, lo que a su vez se traduciría en un reforzamiento del funcionamiento independiente de la Corte. Claro está que es necesario analizar si actualmente, tomando en cuenta la actividad de la Fiscalía sería coherente con su actuación y efectividad según el mecanismo de remisión.

De este planteamiento podemos rescatar las siguientes interrogantes:

¿Cuál es la configuración de la Oficina del Fiscal y sus funciones actuales en materia de investigación y de remisión de situaciones?

¿Ha sido efectiva la actuación de la Oficina del Fiscal en las remisiones realizadas por el Consejo de Seguridad, por los Estados y las iniciadas de oficio?

¿Qué papel juega la cooperación de los Estados en las investigaciones y casos? ¿Hay diferencias según el mecanismo de remisión?

¿Cómo podría ejercer la Oficina de la Fiscalía un nuevo rol si se despojara al Consejo de Seguridad de las facultades otorgadas en el Estatuto de Roma?

1.2. Importancia y justificación

La CPI es una institución sin precedentes, ya que es la primera corte penal internacional de carácter permanente y no *ex post facto* como las que hasta ahora han existido. Asimismo, la actuación de sus diferentes órganos, en especial la Oficina de la Fiscalía, están teniendo un impacto social y político en las situaciones que investiga.

Tal como señala Glasius, aunque no se hubiese podido establecer sin el apoyo de los Estados, es una creación de la sociedad civil global y como tal, debe realizar un mayor esfuerzo que los tribunales nacionales para adquirir legitimidad. En cada caso, no es sólo el sospechoso, sino también la propia Corte la que está en juicio.²⁶⁵

Por otro lado, nunca antes la noción de responsabilidad individual ha estado tan estrechamente ligada a un organismo internacional como a la CPI. En consecuencia, enfrenta una carga de trabajo potencialmente mayor de la que tiene la capacidad de gestionar. Esto ha obligado a la Corte a adoptar un enfoque estratégico o selectivo para sus investigaciones, lo que significa que no todas las situaciones podrán ser tratadas por esta institución, pero a su vez no deben quedar sin respuesta.

En este sentido, la Corte Penal Internacional como una institución con un nivel tan alto de relevancia puede y debe estar en constante revisión para permitir optimizar su funcionamiento y su efectividad, es por ello que a lo largo de esta

²⁶⁵ Glasius, Marlies, "What is Global Justice and Who Decides? Civil Society and Victim Responses to the International Criminal Court's First Investigations", *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, 2009, pp. 496–520.

investigación se propone una revisión de las funciones del Consejo de Seguridad en relación con la actividad de la Corte y una modificación en las facultades de investigación del Fiscal que permitan tomar en consideración otros elementos además de los tradicionales de justicia retributiva occidental a los fines de lograr un balance entre justicia y paz.

En palabras de Wouters y Chan, el Fiscal debe transformar la justicia selectiva en una justicia efectiva y significativa.²⁶⁶ De allí la importancia de tener mayor independencia, en especial frente a la posible intervención del Consejo de Seguridad, así como más posibilidades para el ejercicio de la justicia lo que implica una mayor capacidad discrecional, en este caso para preferir métodos alternativos de justicia. Sin embargo, no se trata de escoger entre la paz y la justicia sino pensar que puede haber formas alternativas de justicia que no pongan en peligro la primera, y las disposiciones actuales de Estatuto no están reñidas con esta idea.

La más reciente decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I emitida el pasado 6 de septiembre de 2018 sobre la solicitud de jurisdicción de la Corte requerida por el Fiscal para investigar la supuesta deportación del pueblo Rohingya de Myanmar a Bangladesh, usando el criterio territorial es una muestra de cómo la Fiscalía puede efectivamente, con los recursos a su disposición no depender de una remisión por parte del Consejo. Con esta decisión se crea un precedente importante que puede permitir que este órgano evalúe la viabilidad de ciertos aspectos de un caso antes de comenzar un examen preliminar, considerando la cuestión de la jurisdicción sobre crímenes que involucran a Estados parte y no parte del ER.

1.3. Delimitación

El presente análisis cuantitativo se centró en los diecisiete (17) exámenes preliminares que hasta la fecha (octubre de 2020) ha concluido la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. No se tomaron en consideración los exámenes en curso. De estos exámenes preliminares concluidos, se analizaron tanto aquellos en los que se decidió no investigar como los que han continuado a la fase de investigación.

²⁶⁶ Wouters, Jan y Chan, Kenneth, "Policies, Not Politics: The Pursuit of Justice in Prosecutorial Strategy at the International Criminal Court", Julio 2012. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2274766> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2274766>

Asimismo, se analizaron los veintiocho (28) casos que hasta la fecha se han derivado de estas situaciones, independientemente de la fase en que se encuentren.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General

Analizar la actividad de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en las diferentes fases de su actividad, examen preliminar, investigación y enjuiciamiento y su relación con los mecanismos de remisión para la activación de la jurisdicción de la Corte.

1.4.2. Objetivos específicos

- Identificar los exámenes preliminares concluidos.
- Señalar las investigaciones iniciadas.
- Estudiar los casos abiertos hasta la fecha.
- Determinar los tiempos que toman las diferentes etapas.
- Descubrir el comportamiento en cada fase según el mecanismo de remisión.
- Establecer la efectividad de la Fiscalía en la resolución de casos según el mecanismo de remisión.

2. Investigación Empírica

2.1. Hipótesis

La Fiscalía ha sido más efectiva en el tratamiento de las situaciones remitidas por los Estados y las iniciadas de oficio que en las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad, ya que se han abierto más casos y ha habido más avance en estos que los derivados de las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad.

2.2. Diseño de Investigación

a) Muestra

El universo a estudiar son los diecisiete (17) exámenes preliminares completados por la Fiscalía y los veintiocho (28) casos que se han derivado de las investigaciones correspondientes independientemente de su estado, y la muestra a analizar es todo el universo.

b) Metodología

Desde el punto de vista metodológico la presente investigación será de carácter empírico no experimental y se usará el método cuantitativo con un alcance descriptivo. Los diseños transeccionales descriptivos indagan la incidencia de las modalidades, categorías o niveles de una o más variables en una población, son estudios puramente descriptivos. En este caso la variable a estudiar es la actividad de la Fiscalía en las diferentes etapas de los procedimientos. Cabe destacar que en este caso no estamos manipulando variables, sólo observando y analizando el fenómeno

Como método auxiliar, se aplicará el método hipotético-deductivo, este método consiste en tomar unas aseveraciones en calidad de hipótesis y en comprobar tales hipótesis deduciendo de ellas, junto con conocimientos de los que ya disponemos, conclusiones que confrontamos con los hechos. En el caso en estudio nuestra hipótesis plantea que la Fiscalía ha sido más efectiva en el tratamiento de las situaciones remitidas por los Estados y las iniciadas de oficio que en las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad, ya que se han abierto más casos y ha habido más avance en estos que los derivados de las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad.

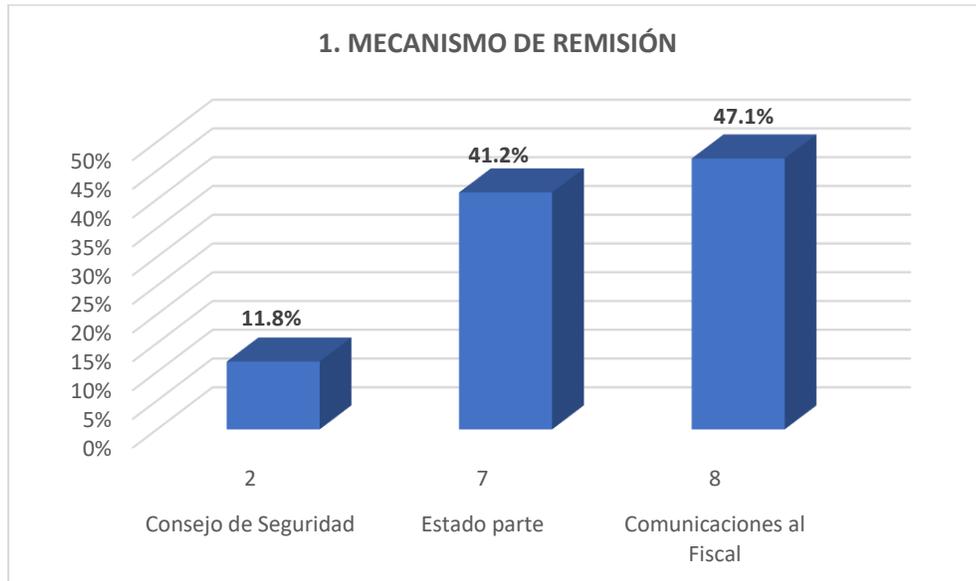
c) Técnicas e Instrumentos de investigación

Se utilizará un cuestionario con preguntas cerradas: dicotómicas y de opción múltiple usando como instrumento de procesamiento el programa SPSS Versión 15. Con el uso de esta técnica, se pueden acotar los factores que efectivamente tienen incidencia en el desarrollo de las diferentes etapas de los procedimientos en la Fiscalía. Esto permitirá determinar si las fases iniciales y su mecanismo de remisión, tienen un efecto en el tiempo que toma la resolución de un caso y su resultado.

3. Resultados

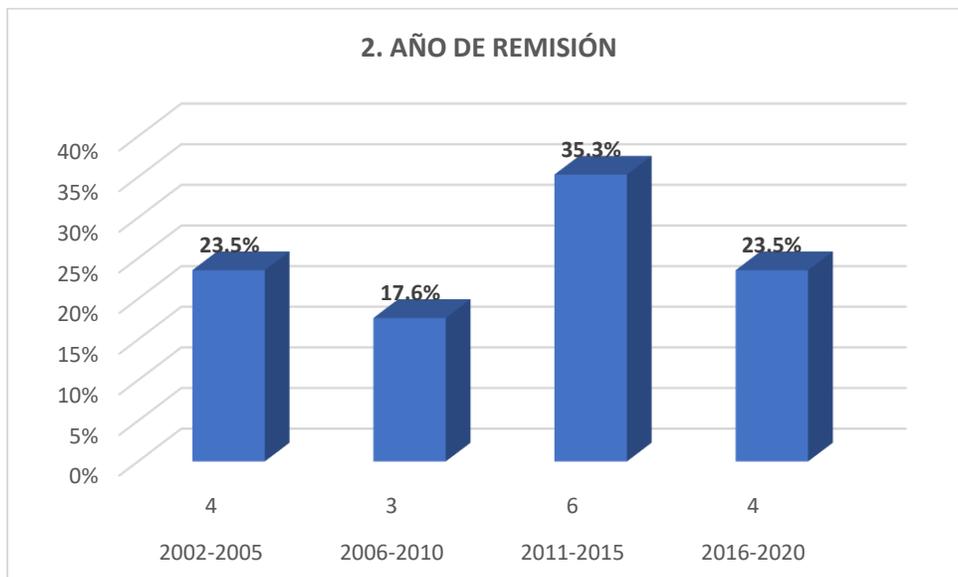
A continuación, se presentan los resultados obtenidos de los cuestionarios aplicados. Primero se muestran los resultados correspondientes al “Cuestionario para analizar los Exámenes Preliminares concluidos por La Fiscalía e Investigaciones Abiertas”:

Figura 1. Mecanismo de remisión de situaciones a la Fiscalía



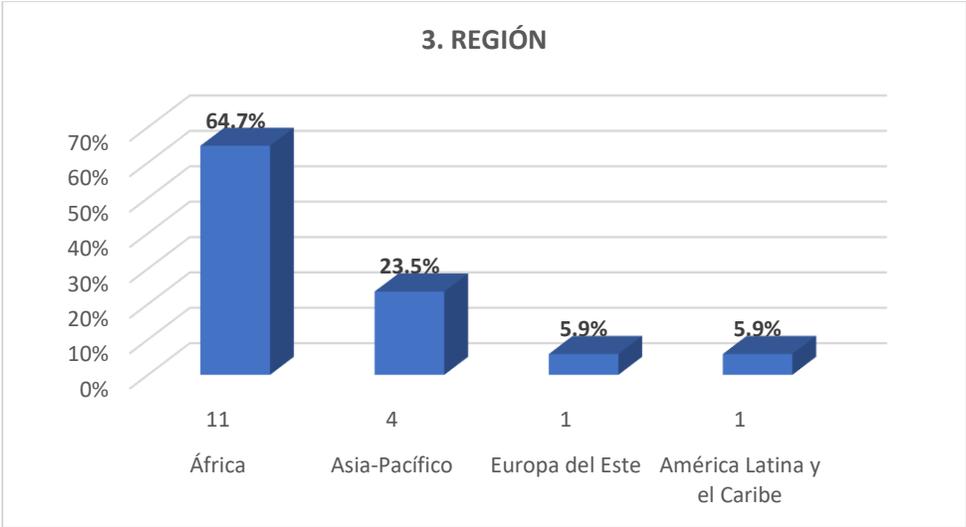
De los 17 exámenes preliminares que se han completado el 47,1% fueron iniciados *motu proprio* por el Fiscal como resultado de “comunicaciones recibidas en la Fiscalía”, el 41,2% son resultado de remisiones realizadas por “Estados parte” y el sólo el 11,8% provienes de remisiones realizadas por el “Consejo de Seguridad”.

Figura 2. Período en el que fueron remitidas hasta la fecha situaciones a la Fiscalía



Hasta la fecha, de los 17 exámenes preliminares que se han completado un 23,5% de las situaciones se remitieron en el periodo entre “2002 y 2005”, el 17,6% en el periodo entre el “2006 y el 2010”, un 35,3% en el periodo entre el “2011 y el 2015” y el 23,5% en el periodo más reciente entre el “2016 y el 2020”.

Figura 3. Región a la que pertenecen las situaciones remitidas a la Fiscalía



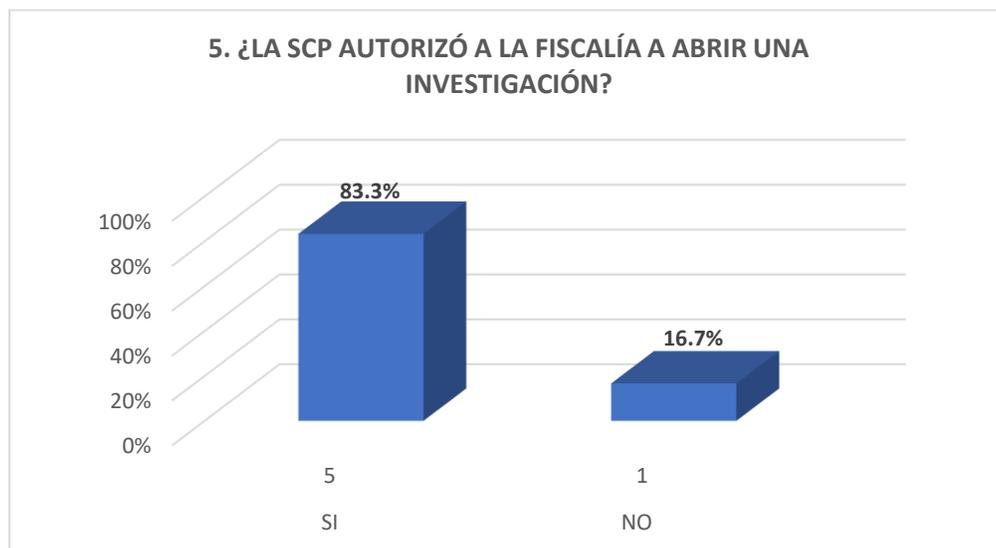
De los exámenes preliminares que se han completado el 64,7% involucra países de “África”, el 23,5% de la región “Asia-Pacífico”, el 5,9% de “Europa del Este” y otro 5,9% proviene de “América Latina y el Caribe”.

Figura 4. Apertura de una investigación



De los 17 exámenes preliminares que se han completado, en 13 de ellos que representan el 76,5% se decidió “iniciar una investigación” y en los otros 4 que representan el 23,5% se decidió “no iniciar una investigación”.

Figura 5. Autorización por parte de la SCP a la Fiscalía a abrir una investigación



De las situaciones en las que la Fiscalía solicitó autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares en el 83,3% se autorizó el inicio de una investigación y en el 16,7% no.

Figura 6. Causas por la que no se abrió una investigación



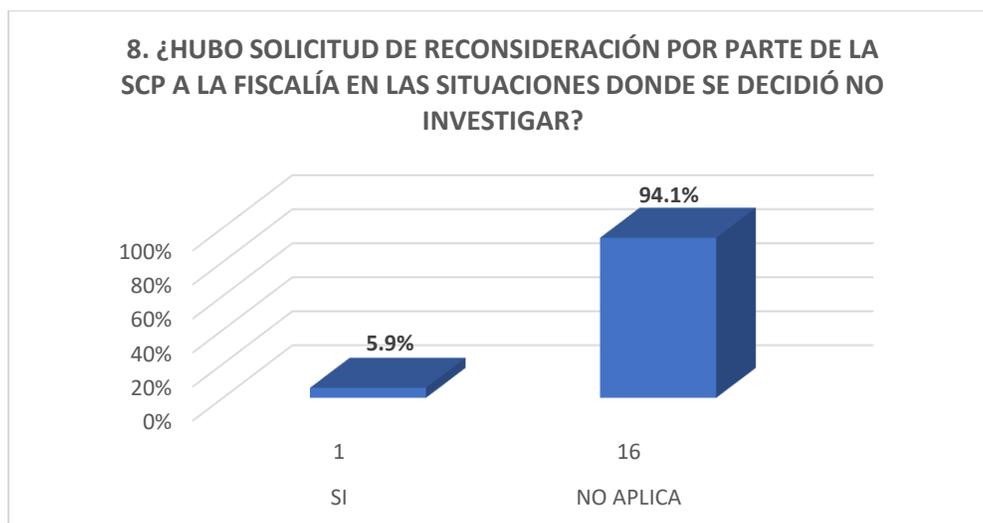
De las 4 situaciones en las que se decidió no abrir una investigación el 75% fue por “razones de competencia” y el 25% por no “cumplir el criterio de gravedad”

Figura 7. Causas por la que no se autorizó a la Fiscalía a abrir una investigación



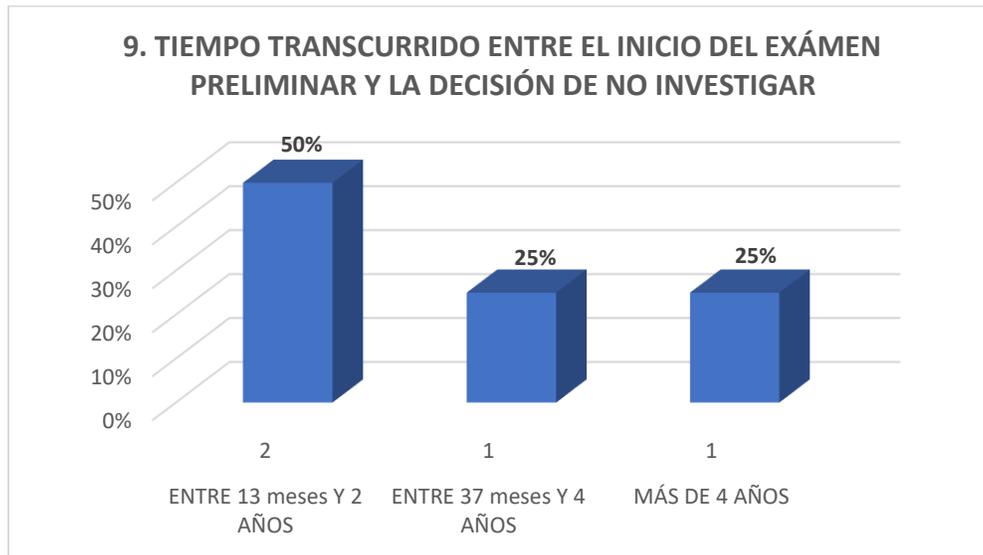
En el único caso en el que no se autorizó a la Fiscalía a abrir una investigación la causa fue que la Sala de Cuestiones Preliminares consideró que una investigación “no redundaría en interés de la justicia”.

Figura 8. Frecuencia de solicitudes de reconsideración por parte de la SCP a la Fiscalía en las situaciones donde se decidió no investigar



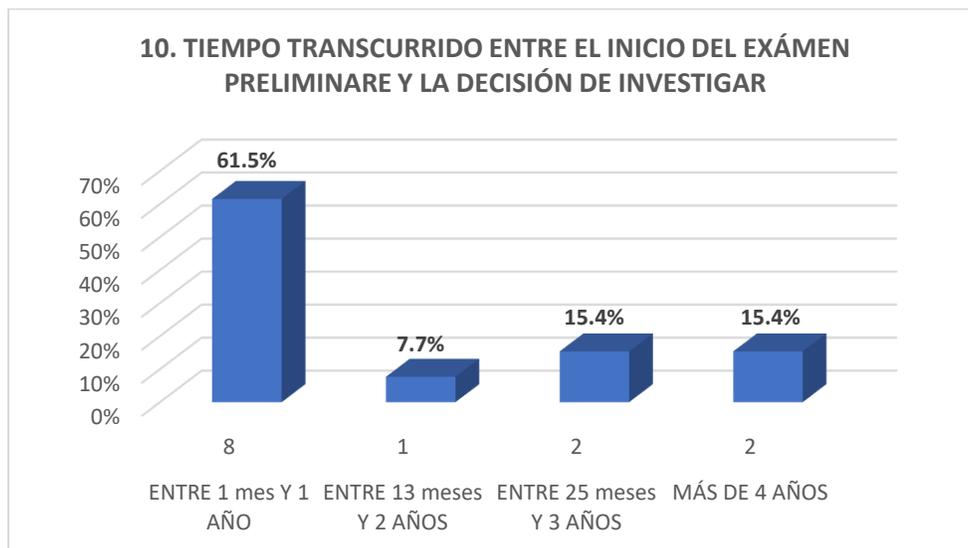
Sólo en una ocasión la Sala de Cuestiones Preliminares solicitó a la Fiscalía reconsiderar su decisión de no proceder con una investigación.

Figura 9. Tiempo transcurrido entre el inicio del examen preliminar y la decisión de no investigar



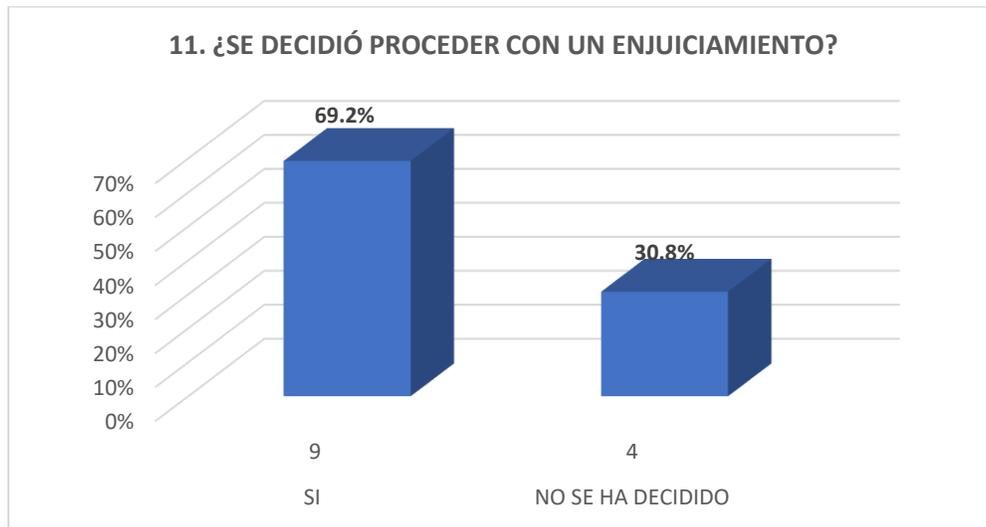
De las 4 situaciones en las que se decidió no abrir una investigación en el 50% de los casos la decisión tomó entre “13 meses y 2 años”, el 25% tardó entre “37 meses y 4 años” y en el otro 25% tardó “más de 4 años” la decisión.

Figura 10. Tiempo transcurrido entre el inicio del examen preliminar y la decisión de investigar



De las 13 situaciones en las que se decidió abrir una investigación el 61,5% tardó entre “1 mes y 1 año” en tomarse la decisión, el 7,7% tardó entre “13 meses y 2 años”, el 15,4% entre “25 meses y 3 años” y el restante 15,4% tardó “más de 4 años”.

Figura 11. Decisión de proceder con un enjuiciamiento



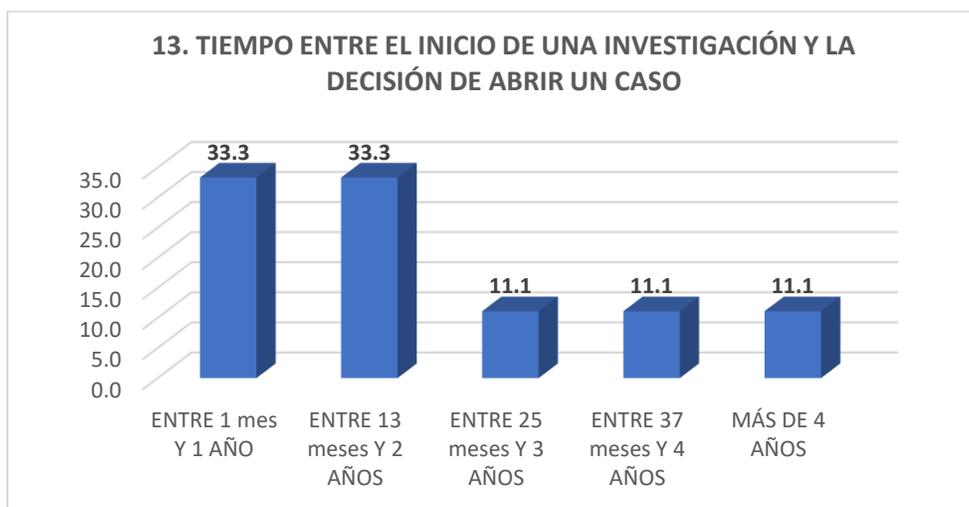
De las 13 situaciones en las que se decidió abrir una investigación, en el 69,2% se decidió “iniciar un enjuiciamiento” mientras que en el 30,8% restante aún “no se ha decidido” y continúa la investigación.

Figura 12. Causas por las que se decidio no proceder con un enjuiciamiento



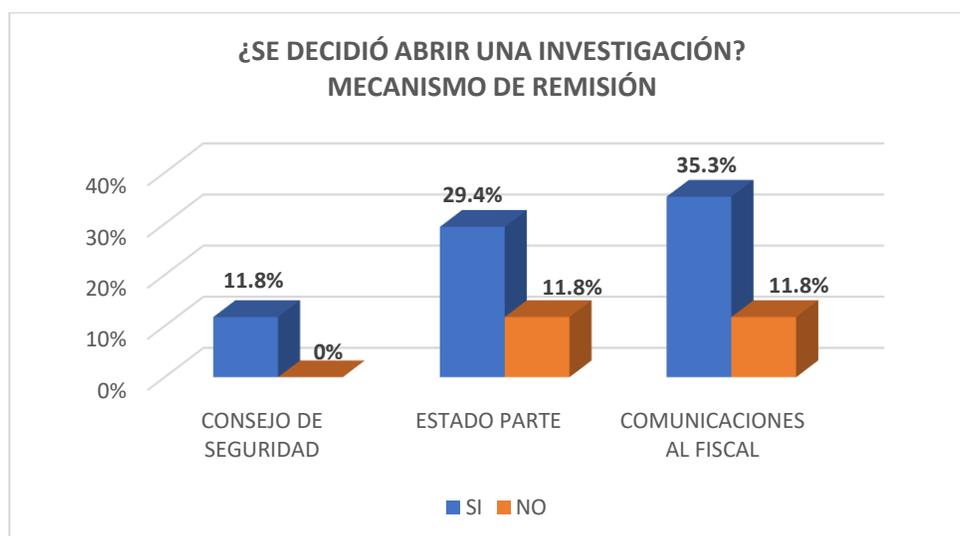
Hasta la fecha la Fiscalía no ha desistido de iniciar enjuiciamientos en las situaciones en las que se han abierto investigaciones.

Figura 13. Tiempo transcurrido entre el inicio de la investigación y la decisión de abrir un caso



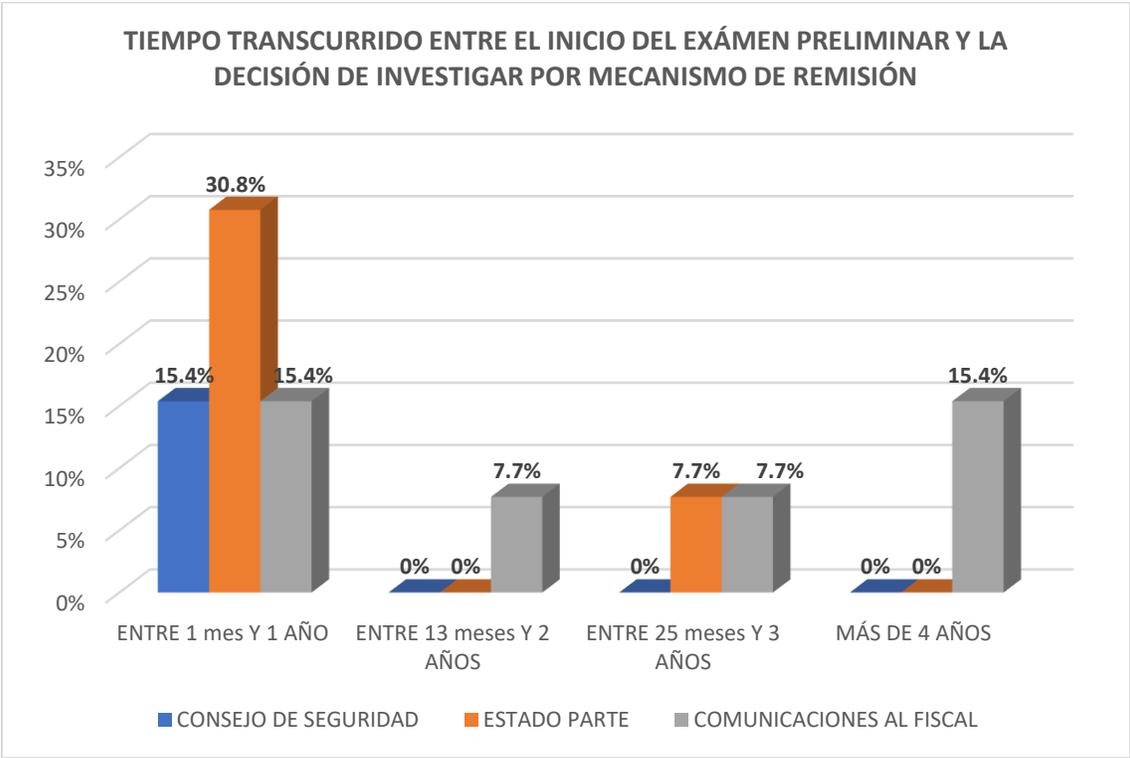
De las 9 situaciones en la que hasta la fecha se ha decidido abrir una investigación se observa que en el 33.3% la Fiscalía tardó entre “1 mes y 1 año” para tomar la decisión de investigar, para el 33,3% tardó entre “13 meses y 2 años”, en el 11,1% tardo entre “25 meses y 3 años”, el 11,1% entre “37 meses y 4 años” y en el restante 11,1% tardaron “más de 4 años” en decidir.

Figura 14. Decisión de abrir una investigación en relación con el mecanismo de remisión de la situación a la Fiscalía



De las situaciones en las que se ha concluido el examen preliminar hasta la fecha, se decidió investigar el total de las remitidas por el “Consejo de Seguridad” que representan el 11,8%. De las remitidas por “Estados parte” las que se decidió investigar representan un 29,4% y un 11,8% la remitidas por este medio en las que se decidió no investigar. Finalmente, de las remitidas por “comunicaciones al Fiscal”, las aperturas representan un 35,3% y las que no se abrieron a investigación un 11,8%.

Figura 15. Tiempo transcurrido entre el inicio del examen preliminar y la decisión de investigar según el mecanismo de remisión de la situación a la Fiscalía

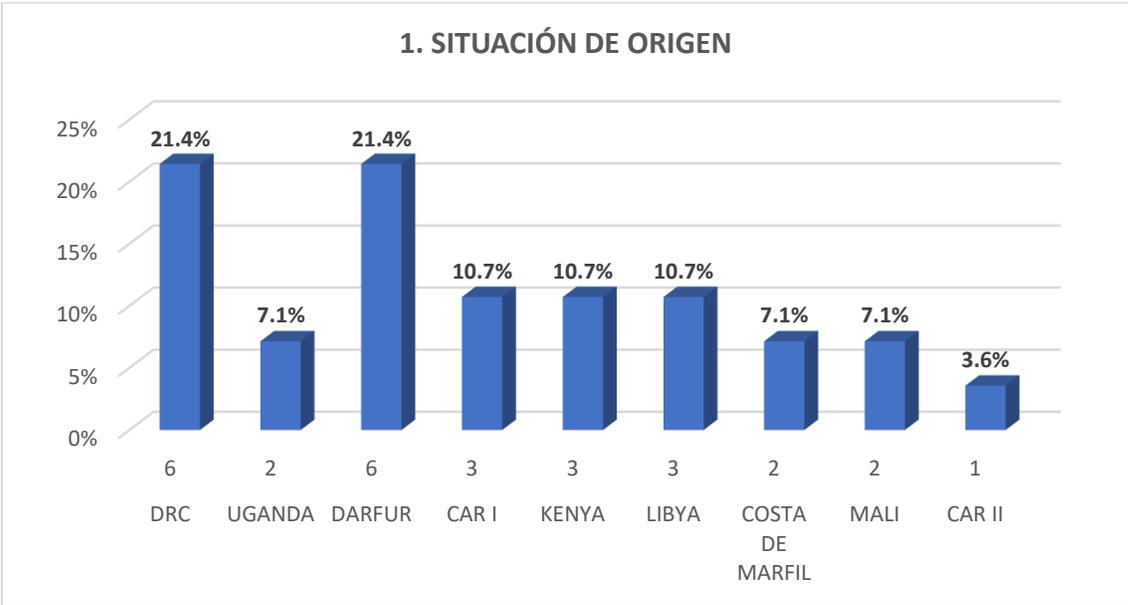


De las situaciones en las que se ha decidido investigar, el tiempo trascendido entre el inicio del examen preliminar y la decisión de iniciar una investigación tomo “entre 1 mes y 1 año” para el 61,5% de las situaciones, de las cuales el 15,4% fueron remitidas por el “Consejo de Seguridad”, 30,8% por “Estados parte” y 15,4% provenía de “comunicaciones a la Fiscalía”. Un 7,7% de las decisiones tomaron “entre 13 meses y 2 años” las cuales tenían su origen en “comunicaciones a la Fiscalía”. Un 15,4% tomó “entre 25 meses y 3 años” de las cuales un 7,7% provenía

de remisiones de “Estados parte” y el otro 7,7% de “comunicaciones a la Fiscalía”. Finalmente, un 15,4% de las decisiones tomó “más de 4 años” de éstas el 100% provenía de “comunicaciones a la Fiscalía”.

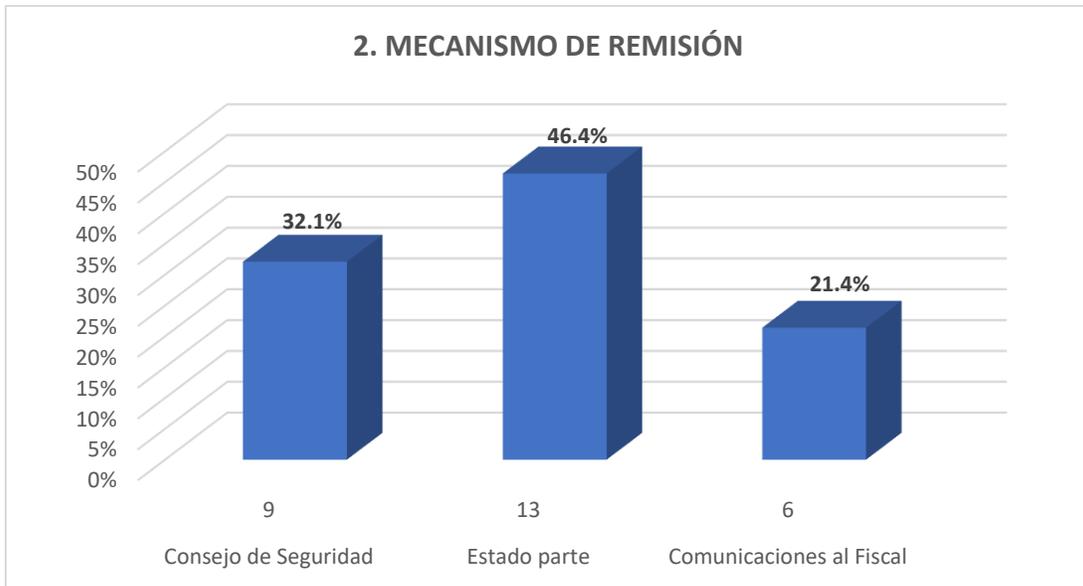
Ahora se continuará con los resultados del segundo instrumento, el “Cuestionario para analizar los casos abiertos por La Fiscalía”:

Figura 16. País de origen de la situación remitida a la Fiscalía



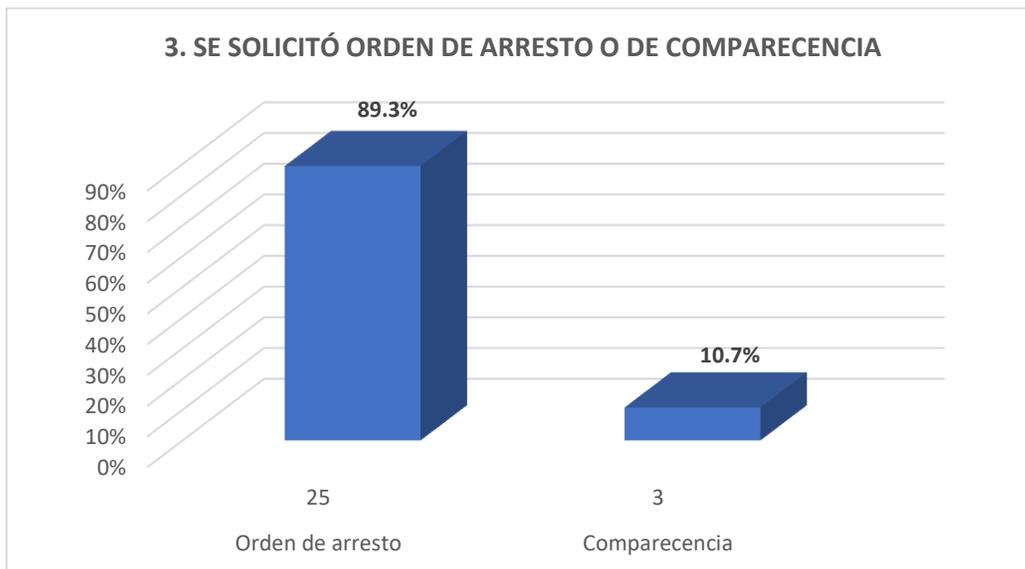
De los 28 casos que se han abierto hasta la fecha un 21,4% de se deriva de la situación la de “República Democrática del Congo”, otro 21,4% de la situación de “Darfur”, el 10,71% de la situación de la “República Centro Africana (I)”, el 10,7% de la situación en “Kenya”, el 10,7% de la situación de Libia, el 7,1% de la situación de Costa de Marfil, otro 7,1% de la situación en Mali y el 3,6% restante de la situación de la República Centro Africana (II).

Figura 17. Mecanismo de remisión de las situaciones de las cuales se derivan los casos



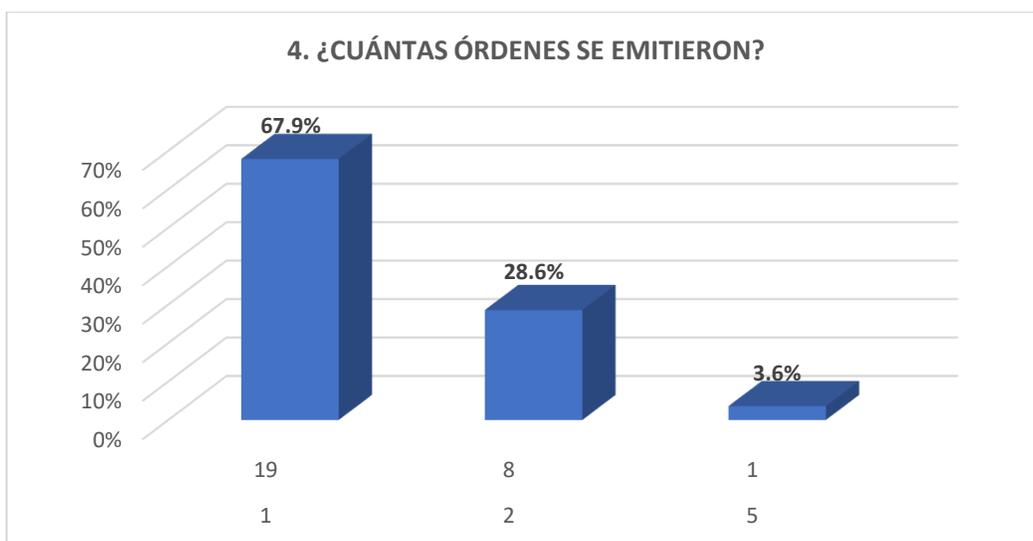
Con respecto al mecanismo de remisión de las situaciones de las cuales se derivan los casos se pudo comprobar que el 32,1% derivan de situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad, el 46,4% derivas de situaciones remitidas por Estados y el 21,4% de situaciones.

Figura 18. Orden(es) de arresto u orden(es) de comparecencia solicitadas



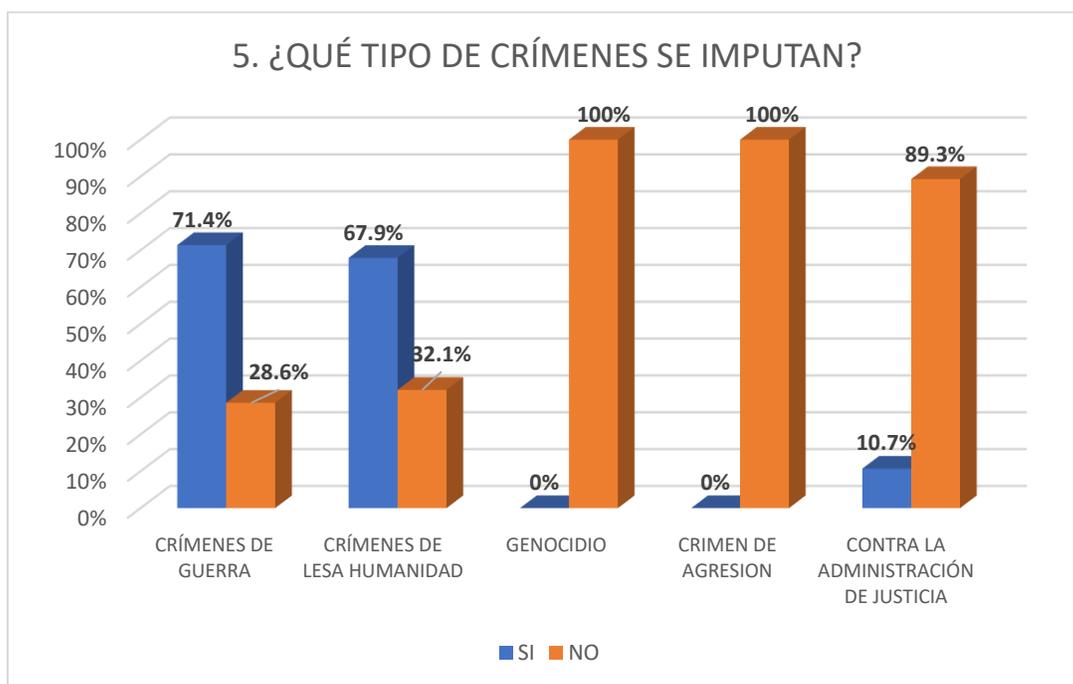
En el 89,3%de los caos se han solicitado “órdenes de arresto” y en el 10,7% “órdenes de comparecencia”.

Figura 19. Órdenes de arresto emitidas



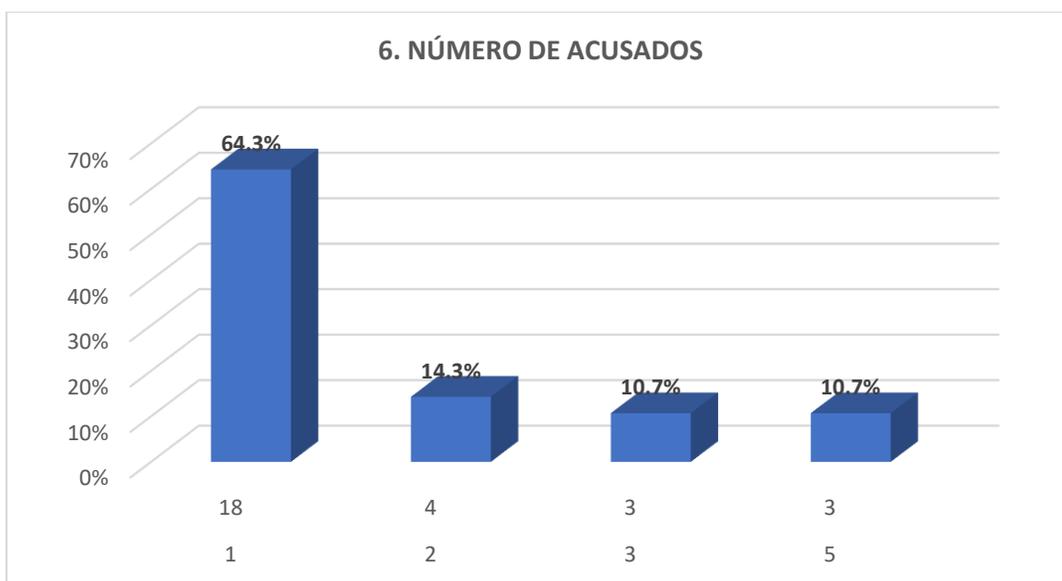
En el 67,9% de los casos se ha emitido una orden, en el 28,6% de los casos se han emitido 2 órdenes y en 3,6% de los casos se han emitido 5 órdenes.

Figura 20. Tipo de crímenes se imputados



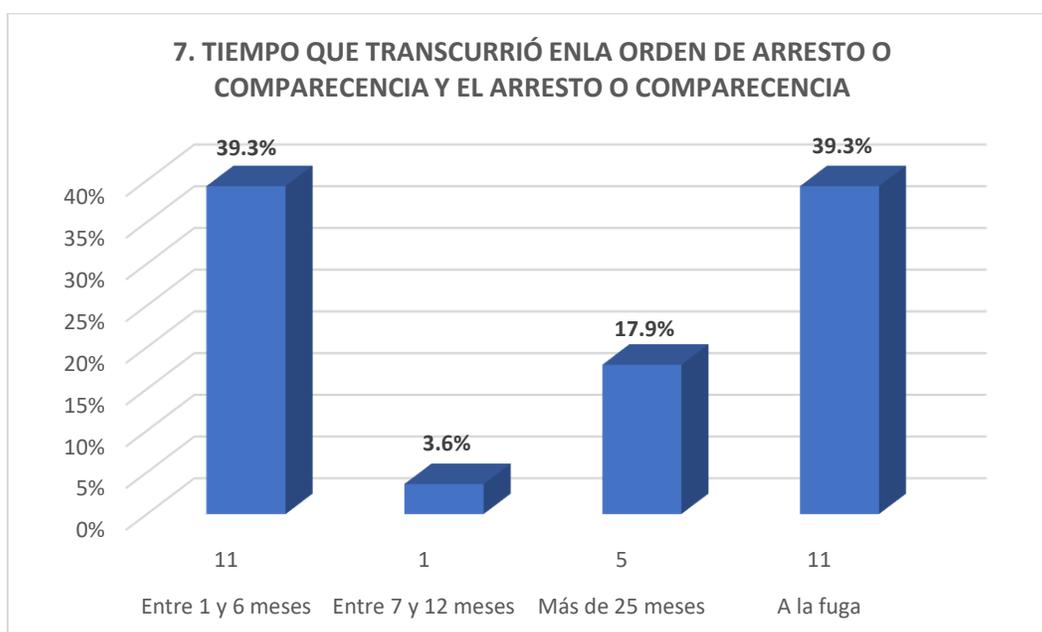
En el 71,4% de los casos se han imputado “crímenes de guerra”, en el 67,9% se han imputado “crímenes de lesa humanidad” y en el 10,7% de los casos se han imputado “delitos contra la administración de justicia”.

Figura 21. Número de acusados



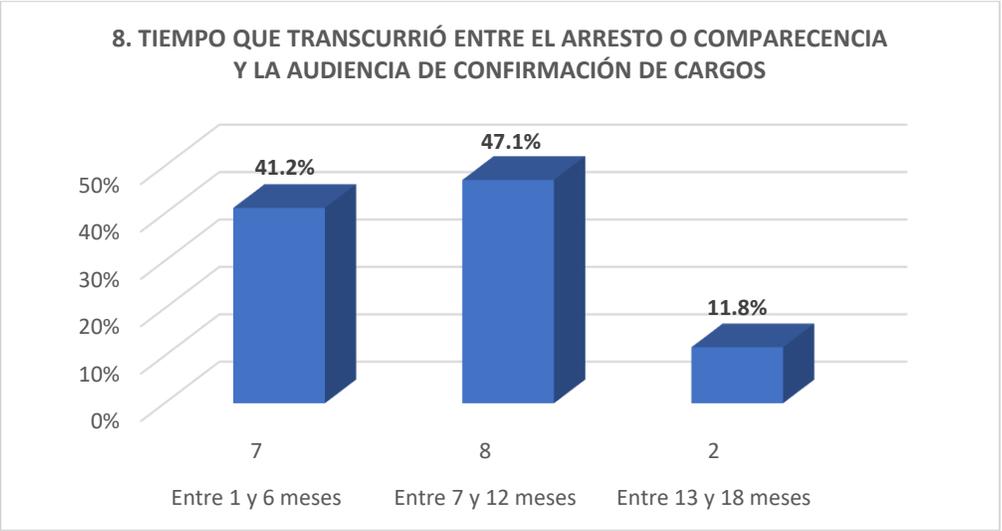
En el 64,3% de los casos ha habido sólo un acusado, en el 14,3% de los casos ha habido 2 acusados, en 10,7% de los casos ha habido 3 acusados y en el otro 10,7% de los casos ha habido 5 acusados.

Figura 22. Tiempo que transcurrió entre la orden de arresto o comparecencia y el arresto o comparecencia



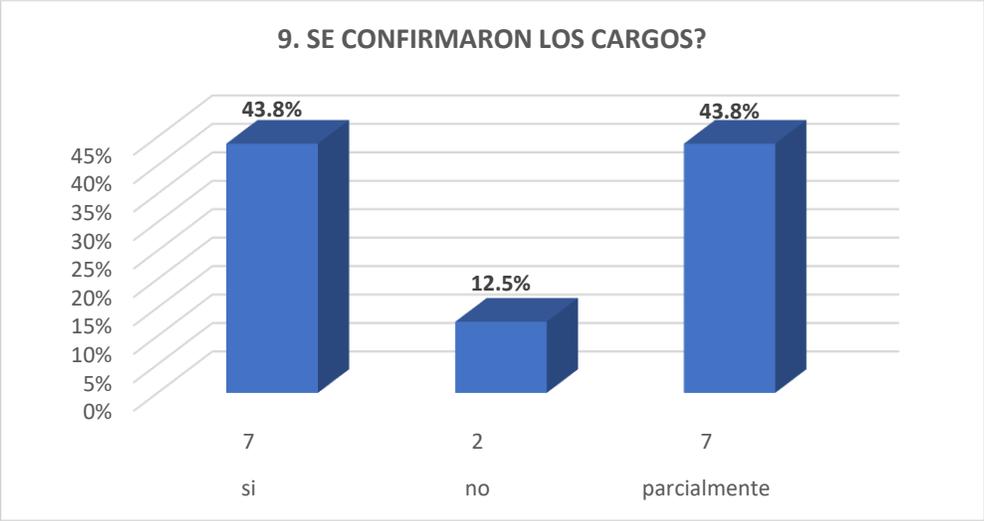
En el 39,3% de los casos transcurrió aproximadamente “entre 1 y 6 meses” entre la orden de arresto o comparecencia y el arresto y o comparecencia ante la Corte, en un 3,6% de los casos el tiempo transcurrido fue “entre 7 y 12 meses”, en el 17,9% transcurrieron “más de 25 meses”, sin embargo, en el otro 39,3% de los casos los acusados no han sido puestos a disposición de la Corte.

Figura 23. Tiempo que transcurrió entre el arresto o comparecencia y la audiencia de confirmación de cargos



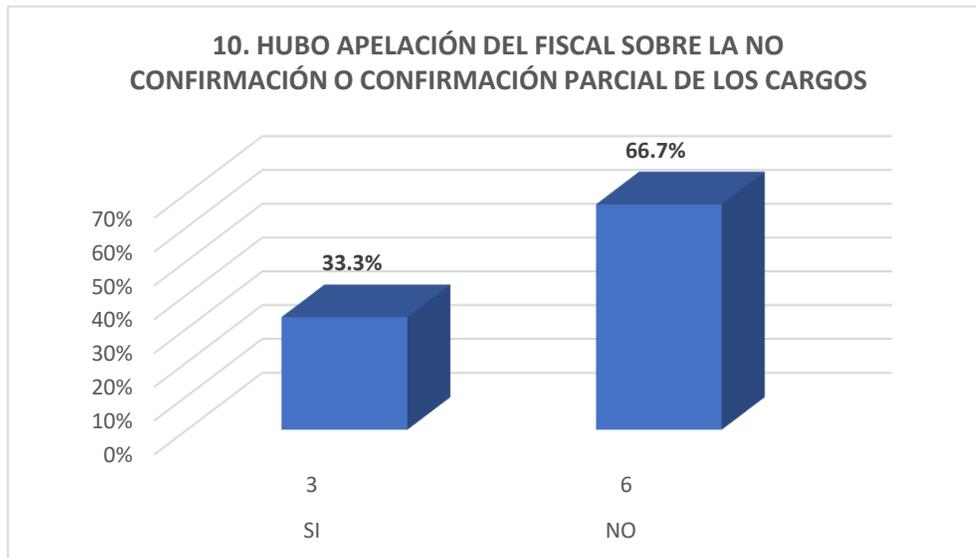
De los 17 casos en los que se ha arrestado o ha comparecido el acusado, en el 25% tomo “entre 1 y 6 meses” la realización de la audiencia de confirmación de cargos, en el 28,6% “entre 7 y 12 meses”, y en el 7,1% “entre 13 y 18 meses”.

Figura 24. Cantidad de casos en los que se confirmaron los cargos



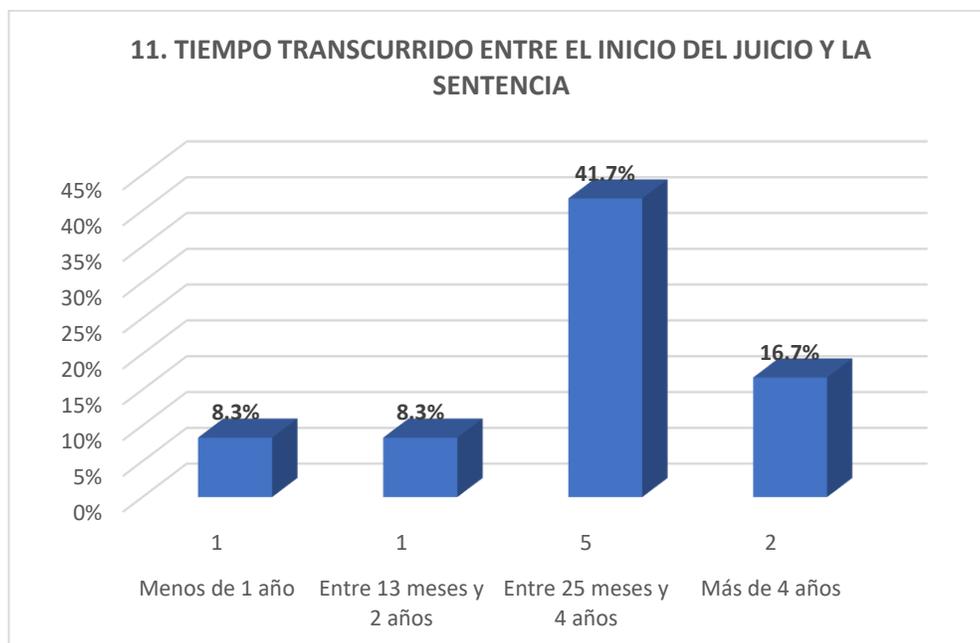
En el 43,8% de los casos se confirmaron los cargos, en el 12,5% no se confirmaron y en el 43,8% se confirmaron parcialmente.

Figura 25. Apelaciones del Fiscal sobre la no confirmación o confirmación parcial de cargos



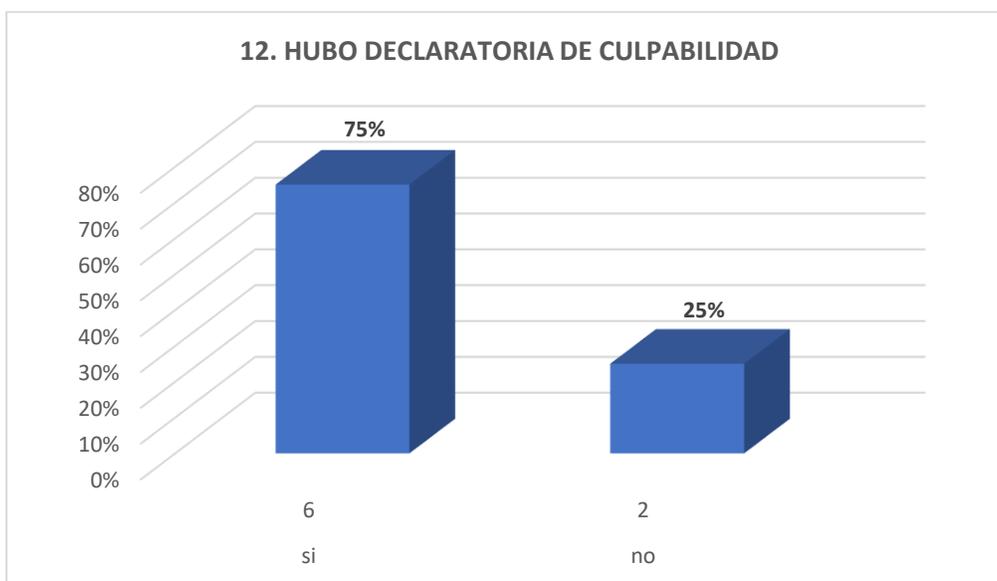
De los casos en los que no se confirmaron los cargos o se confirmaron parcialmente el Fiscal sólo apeló en el 33,3% de ellos en el 66,7% no hubo apelación.

Figura 26. Tiempo transcurrido entre el inicio del juicio y la sentencia



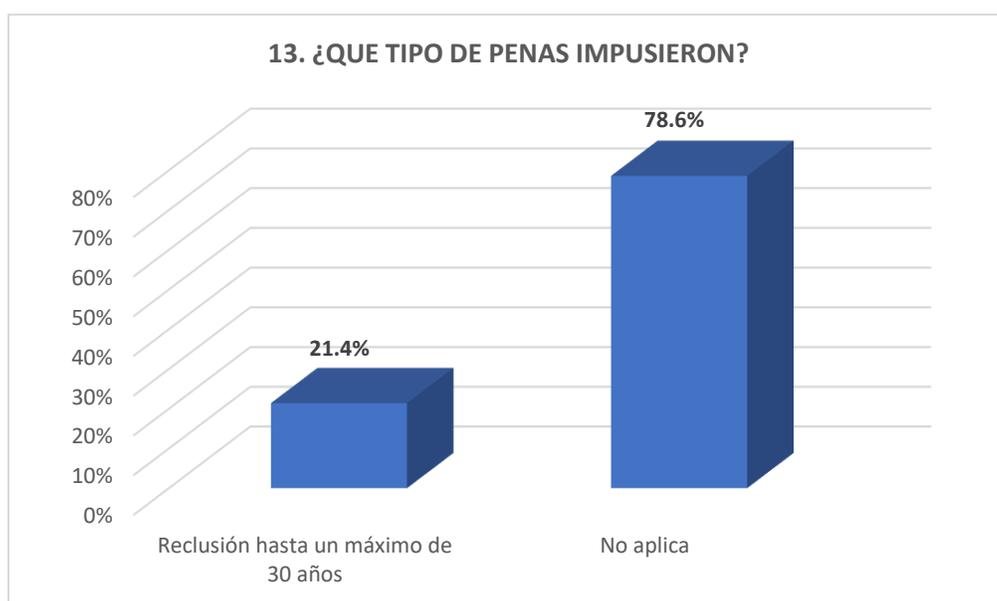
De los casos que han llegado a juicio, en el 8,3% la decisión tomó “menos de 1 año”, en el 8,3% “entre 13 meses y 2 años”, en el 41,7% de los casos la decisión tomó “entre 25 meses y 4 años” y en un 16,7% de los casos el juicio aún está en curso.

Figura 27. Cantidad de casos en los que hubo declaratoria de culpabilidad



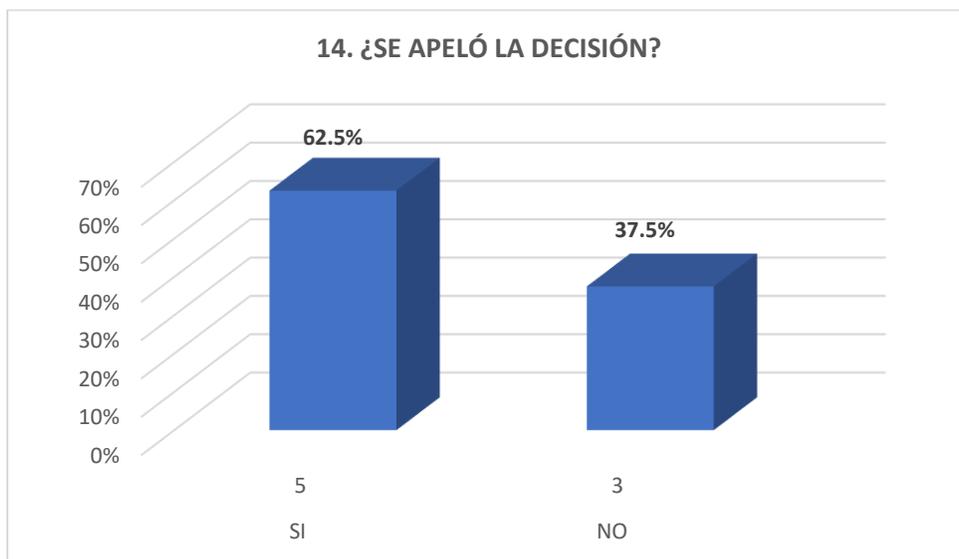
En los casos con una decisión en un 75% hubo declaratoria de culpabilidad y en el 25% restantes no.

Figura 28. Tipo de penas impuestas en las sentencias condenatorias



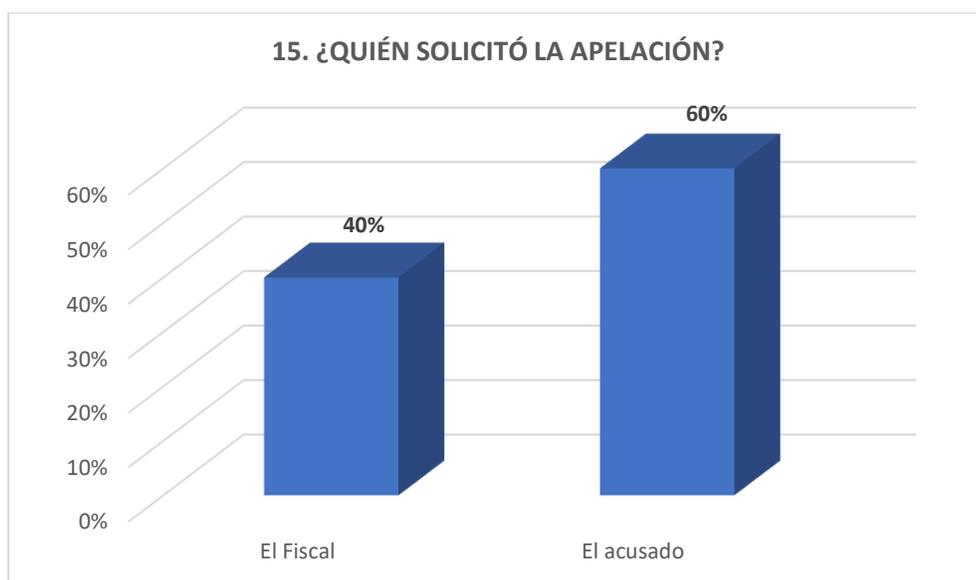
En el 100% de los casos donde hubo declaratoria de culpabilidad la pena impuesta fue de reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años.

Figura 29. Solicitudes de apelación de las decisiones



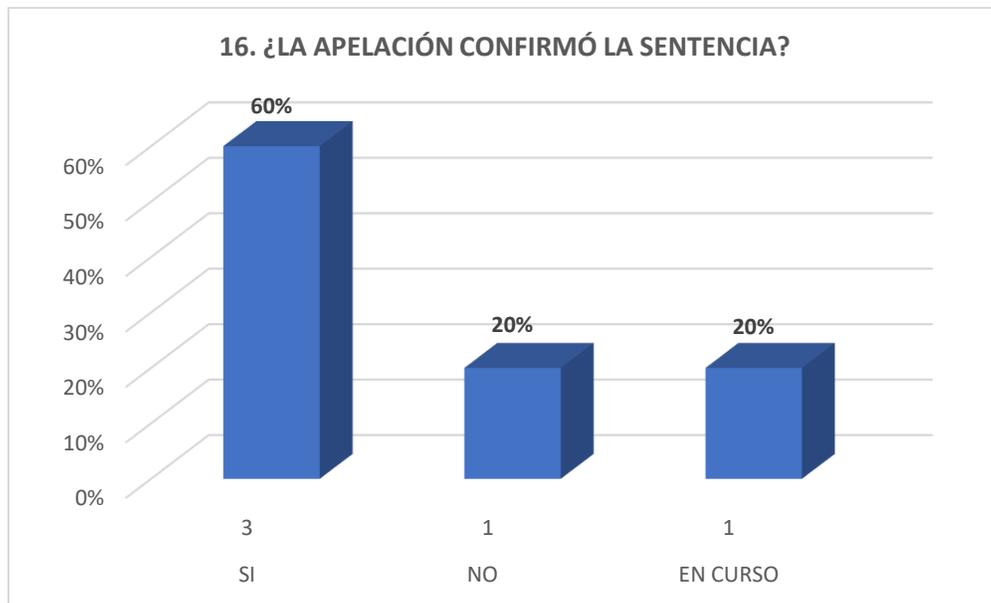
En el 62,5% de los casos terminados se solicitó apelación de la decisión y en el 37,5% no se apeló.

Figura 30. Origen de la solicitud de apelación



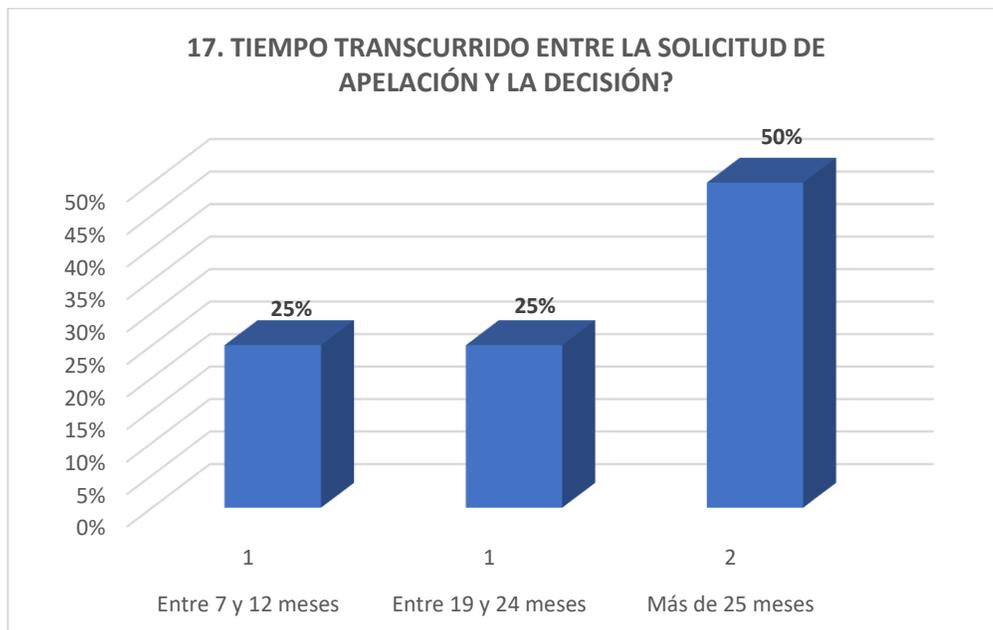
De las apelaciones solicitadas, el 40% fue solicitada por “el Fiscal” y el 60% fue solicitada por “el acusado”.

Figura 31. Sentencias confirmadas en apelación



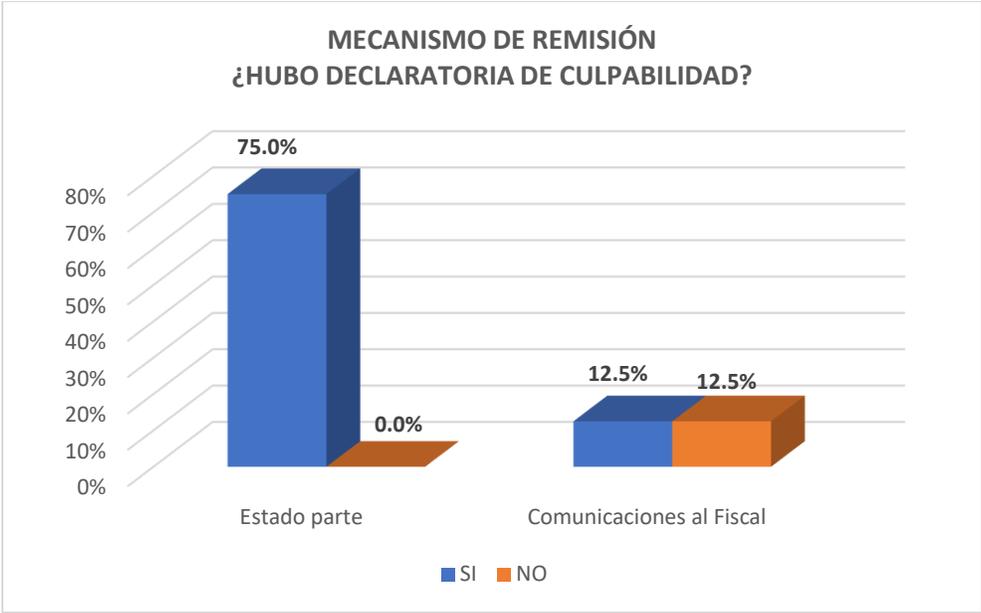
De las apelaciones realizadas en un 60% se confirmó la sentencia, en un 20% no se confirmó la sentencia y en el otro 20% aún está pendiente la decisión.

Figura 32. Tiempo transcurrido entre la solicitud de apelación y la decisión



La decisión de las apelaciones solicitadas tomó “entré 7 y 12 meses” en un 25% de los casos, “entre 19 y 24 meses” en otro 25% de los casos y “más de 25 meses” en el restante 50% de los casos.

Figura 33. Declaratoria de culpabilidad según el origen de la remisión de la situación a la Fiscalía



Hasta la fecha, de los casos que han tenido una decisión final, el 75% que han tenido una declaratoria de culpabilidad provenían de situaciones remitidas por “Estados parte”. De los que no tuvieron declaratoria de culpabilidad un 12,15% provenía de remisiones de “Estados partes” y el restante 12,5% provenía de situaciones remitidas por comunicaciones a la Fiscalía.

III. DISCUSIONES

El análisis de la actividad de la Fiscalía se dividió en dos fases: la primera etapa del examen preliminar y de inicio de investigaciones y la segunda el análisis de los casos abiertos. Para la primera fase se analizaron los diecisiete exámenes preliminares concluidos.

El período analizado es desde el año 2002 ya que el 1º de julio de ese año es cuando entra en vigor el Estatuto. En esos primeros tres años se remitieron

cuatro situaciones, pero luego contrariamente a lo que se pensaría hubo menos exámenes iniciados, ya que en los cinco años siguientes se iniciaron tres exámenes preliminares. Sin embargo, el período más prolífico fue entre 2011 y 2015, cuando se iniciaron seis exámenes preliminares, lo que coincide con un periodo de bastante controversia para la Corte, ya que varios países amenazaron con la retirada del Estatuto de Roma.

Podría entenderse que esto tuvo un impacto en la actividad de la Fiscalía ya que para el período entre 2016 hasta la fecha sólo se han iniciado cuatro exámenes preliminares que hayan concluido. Claro está que esto no es una radiografía al 100% de la actividad de la Corte en la fase preliminar, ya que, en estos momentos están en curso diez exámenes preliminares que han iniciado en los diferentes periodos estudiados, pero que no han concluido.

Otro de los aspectos en los que se ha criticado mucho la actividad de la Corte es su presunta parcialidad hacia la investigación de situaciones del continente africano. Numéricamente en efecto, se pudo corroborar que la mayoría de los exámenes preliminares terminados involucraban situaciones en países africanos, con una gran diferencia con respecto a situaciones de origen de países de regiones distintas.

Esto no es necesariamente un indicador de parcialidad, de hecho, en su Documento de política general sobre exámenes preliminares, la Fiscalía resalta que los factores que son determinantes para iniciar un examen preliminar son la competencia, la admisibilidad, la gravedad y el interés de la justicia y que factores tales como la situación geográfica o el equilibrio regional no son criterios estatutarios para determinar si una situación ha de ser investigada por la Corte.²⁶⁷

En este mismo orden de ideas, llama la atención que en las situaciones en las que se decidió no proceder con una investigación la causa principal fue la competencia y en una ocasión se alegó la gravedad. En las que se declinó por competencia la Fiscalía no encontró elementos suficientes para considerar que se estaban cometiendo en dichas situaciones crímenes de competencia de la Corte,

²⁶⁷ Ver The Office of the Prosecutor, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013.

con lo que se quedaron en la primera fase del examen preliminar que se desglosó al inicio de este capítulo.

Ahora bien, el elemento de la gravedad pareciera de carácter subjetivo, sin embargo, en el Documento de política general sobre exámenes preliminares antes mencionado se desglosa el contenido del mismo. La gravedad comprende una evaluación de la escala, la naturaleza y la forma de comisión de los crímenes, así como su impacto, teniendo en cuenta los casos que pudieran potencialmente surgir de una investigación de la situación.²⁶⁸

La escala de los crímenes puede evaluarse a la luz de la cantidad de víctimas directas e indirectas, la importancia del daño causado por los crímenes, en particular el daño corporal o psicológico causado a las víctimas y sus familias, o su difusión geográfica o temporal. La naturaleza de los crímenes alude a los elementos específicos de cada delito, como por ejemplo homicidios, violaciones y otros crímenes que entrañan violencia sexual o de género y crímenes cometidos contra niños.²⁶⁹

La manera de comisión de los crímenes puede evaluarse a la luz de, entre otros factores, los medios empleados para ejecutar el crimen, el grado de participación e intención del autor, la medida en la cual los crímenes fueron sistemáticos o resultaron de un plan o una política organizada, o fueran el resultado de abuso de poder o de alguna función oficial, y elementos de particular crueldad, como la vulnerabilidad de las víctimas, cualquier motivo que entrañe discriminación, o el recurso a la violación y a la violencia sexual como medio de destrucción de grupos. El impacto de los crímenes puede evaluarse a la luz de, entre otros factores, los sufrimientos causados a las víctimas y el incremento de su vulnerabilidad; el terror instilado posteriormente, o el daño social, económico y ambiental infligido a las comunidades afectadas.²⁷⁰

²⁶⁸ *Idem*; Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor el 23 de abril de 2009, Regla 29 Inicio de una investigación o enjuiciamiento, párr. 2.

²⁶⁹ Ver The Office of the Prosecutor, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013.

²⁷⁰ *Idem*.

A pesar de los criterios antes descritos que se desarrollan en el Documento de política general sobre exámenes preliminares, siguen siendo elementos de difícil análisis y prueba y sólo en la situación de los Buques registrados de Comoras, Grecia y Camboya, remitido por la Unión de las Comoras se ha implementado este criterio para no investigar. En esta situación, si bien se había considerado que podía haberse cometido un crimen de guerra, se concluyó que no era de la suficiente gravedad en los términos del Estatuto como para considerar una acción por parte de la Corte.

El análisis de los criterios tomados por la Fiscalía para considerar que estos hechos no eran de la gravedad suficiente para justificar una acción por la Corte quedan fuera del ámbito de esta investigación, sin embargo, es importante resaltar que esta ha sido la única ocasión entre las cuatro en las que se decidió no iniciar una investigación en donde la Sala de Cuestiones Preliminares solicitó a la Fiscalía que revisara su decisión. Como se mencionó al inicio de este capítulo, este es uno de los mecanismos de control sobre la actividad del Fiscal.

Al ser una situación remitida por un Estado parte, éste puede solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares que pida al Fiscal reconsiderar su decisión, como en efecto se hizo en este caso. Cabe destacar que la Fiscal, después de realizar la revisión solicitada mantuvo su decisión inicial de no iniciar una investigación en esta situación.

Ahora bien, con respecto a las situaciones en las que sí se decidió abrir una investigación, pero que al ser iniciadas *motu proprio* por la Fiscalía requieren autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, sólo en una ocasión se negó dicha autorización: en la situación sobre Afganistán. La causa alegada por la Sala fue que dicha investigación no redundaría en interés de la justicia. Esta causal está establecida en el Estatuto, pero no está definido su contenido.

La Fiscalía desarrolló un Documento de políticas sobre el interés de la justicia, justamente para llenar de contenido este concepto jurídico indeterminado establecido en el Artículo 53 del Estatuto. De hecho, este documento fue de los primeros desarrollados por la Fiscalía, ya que fue realizado en el 2007 mientras que

el del examen preliminar, en donde también se desarrolla esta causal fue elaborado en 2013.

La Sala consideró que, aunque se cumplían todos los requisitos pertinentes en cuanto a jurisdicción y admisibilidad, las circunstancias de la situación en Afganistán eran tales que las perspectivas de una investigación y un enjuiciamiento exitosos eran extremadamente limitadas. Por lo que era poco probable que la realización de una investigación diera como resultado el cumplimiento de los objetivos señalados por las víctimas a favor de la investigación. Así, la Sala concluyó que una investigación sobre la situación en Afganistán en esa etapa no serviría a los intereses de la justicia y rechazó la solicitud del Fiscal de autorización para investigar.²⁷¹

Cabe destacar que esta decisión fue apelada por la Fiscalía y revertida por la Sala de Apelaciones, que finalmente concedió la autorización para iniciar la investigación. La investigación se encuentra en curso y aún no se ha decidido iniciar enjuiciamientos en esta situación. La decisión de la apelación fue publicada el 05 de marzo de 2021.

Otro aspecto fundamental sobre el análisis de la actividad de la Fiscalía en esta primera etapa de examen preliminar e inicio de investigaciones es el tiempo que le toma a este órgano realizar un examen preliminar y posteriormente la investigación hasta la primera decisión de iniciar enjuiciamientos. Es importante aclarar que ni en el Estatuto, ni en la Reglas de Procedimiento y Prueba o en el Reglamento de la Fiscalía existe algún tipo de límite temporal sobre estas actividades.

Se pudo evidenciar una diferencia en el tiempo en el que se tomó una decisión de no investigar o de proceder con una investigación. En las situaciones en las que se decidió no investigar la decisión tomó mínimo más de un año, y la que más tiempo tomó fueron casi cinco años en la situación sobre Honduras para decidir no investigar. Mientras que en 8 de las 13 situaciones en las que se decidió investigar la decisión no tomó más de un año, aunque también tuvo tiempos más

²⁷¹ Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, 12 April 2019.

extremos para decidir, en la situación de Georgia tomó 7 años y en la de Costa de Marfil 8 años, para abrir una investigación.

De igual forma no existe un límite entre el momento en que se decide iniciar la investigación y solicitar o una orden de arresto o comparecencia para iniciar la fase de enjuiciamiento. De hecho, de las 13 situaciones en las que se ha iniciado una investigación, sólo en 9 de ellas se han abierto casos, por lo que hay 4 en las que aún no se ha decidido iniciar un enjuiciamiento. Cabe destacar que hasta ahora no se ha dado el caso de que en alguna investigación iniciada se haya decidido no iniciar un enjuiciamiento.

Al igual que en el supuesto anterior, no existe un límite temporal para la Fiscalía en cuanto a abrir casos después de iniciada la investigación. Los tiempos en este punto han sido más variados, aunque en la mayoría, la Fiscalía ha tardado entre 1 y 2 años en abrir casos. El caso más extremo fue el de la segunda situación de la República Centroafricana (CAR II), cuya investigación inició en septiembre de 2014 pero el primer caso se abrió hasta noviembre de 2018, cuando se emitió la orden de arresto del único caso hasta la fecha derivado de esta situación.

En las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad, entre la remisión de la situación y la decisión de iniciar una investigación. ambas están en el rango de máximo un año. En las que tomó más tiempo que fueron mencionadas *supra*, ambas fueron iniciadas *motu proprio* como consecuencia de comunicaciones enviadas a la Fiscalía en el marco del Artículo 15 del Estatuto.

Ahora bien, de las situaciones en las que se ha decidido investigar y se ha decidido iniciar un enjuiciamiento se han derivado 28 casos, los cuales fueron la base para el análisis de la segunda fase de la actividad de la Fiscalía.

Sobre la modalidad de inicio hasta la fecha, en casi todos los casos se ha elegido una orden de arresto y sólo en tres de ellos el Fiscalía ha solicitado órdenes de comparecencia. En estos casos los acusados se presentaron de forma voluntaria ante la Corte, pero ninguno de los casos continuó. En el caso contra Abu Garda (Darfur) no se confirmaron los cargos, en el caso contra Muthaura and Mr Kenyatta (Kenya), aunque la Sala de Cuestiones Preliminares confirmó los cargos la Fiscalía

los retiró, y en el caso contra Ruto y Sang, aunque inició el juicio la Sala de Juicios lo terminó sin decisión.

Aquí hay que acotar que hay una diferencia y es legalmente significativa. Una sentencia absolutoria significa que una persona acusada ha sido declarada "no culpable" de los delitos que se le imputan. En muchas jurisdicciones, incluso ante la CPI, tal hallazgo puede impedir el futuro enjuiciamiento del acusado nuevamente por los mismos delitos. Pero, al terminar el caso contra el Sr. Ruto y el Sr. Sang, quedó claro que podrían ser procesados nuevamente en el futuro.

En cuanto a los crímenes imputados, de los cuatro crímenes de la competencia de la Corte enunciados en el Artículo 5 del Estatuto, en casi todos los casos se alegaba la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, sin embargo, se encontró que también se han abierto casos por delitos contra la administración de justicia, los cuales se encuentran estipulados en el Artículo 70 del Estatuto.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba establecen que el Estatuto y las Reglas serán aplicables, *mutatis mutandis*, a la investigación, el enjuiciamiento y el castigo por la Corte de los delitos indicados en el artículo 70.²⁷² En todo caso el procedimiento para estos casos se encuentra establecido en los artículos 161 a 169 y 172 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. De los 3 casos por estos delitos uno obtuvo sentencia condenatoria, otro se encuentra en proceso y el otro se encuentra en fase preliminar, ya que el acusado no ha sido puesto a disposición de la Corte.

Otro aspecto que llamó la atención es el de la multiplicidad de acusados en los casos. En casi la mitad de los casos hay más de un acusado, sin embargo, después la Fiscalía ha tenido la tendencia a separar los casos y en un par de ocasiones a unir casos separados. Esta práctica se entiende por un tema de economía procesal, para mejorar la equidad y rapidez de los procedimientos al evitar la duplicación de pruebas, la inconsistencia en la presentación y evaluación de pruebas, el impacto indebido en testigos y víctimas y gastos innecesarios.

²⁷² Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 163: Aplicación del Estatuto y de las Reglas.

Sobre el tiempo transcurrido entre la orden de arresto y su ejecución se tomó como fecha de referencia la detención en el Estado correspondiente donde se encontraba el sospechoso y no el momento cuando se encuentra en custodia de la Corte, ya que aún si estar en la sede de la Corte ya se encuentra detenido. Esto refuerza la importancia de la cooperación de los Estado con la Corte, ya que ésta no tiene una fuerza policial para ejecutar las órdenes y depende de los Estados para ellos, y de los procesos establecidos en cada uno para materializar el traslado del país en cuestión a la sede de la Corte en La Haya.

Lo anterior tiene una incidencia en el inicio de los procedimientos judiciales, ya que estos no inician hasta que el acusado está efectivamente en custodia de la Corte. Cabe destacar que en la mayor parte de los caos en donde se ha detenido al acusado, esta detención ha ocurrido en el transcurso de los 6 meses posteriores a la emisión de la orden de arresto. No así las audiencias de confirmación de cargos.

De conformidad con lo establecido por el Art. 61 del Estatuto, la Sala de Cuestiones Preliminares celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento, dentro de un plazo razonable tras la entrega de la persona a la Corte o su comparecencia voluntaria ante ésta.²⁷³ Sin embargo, no hay ningún criterio que defina qué se entiende por plazo razonable o cuánto tiempo representaría.

Esto sin tomar en consideración que entre la entrega del acusado a la Corte y la audiencia de confirmación de cargos existe un paso previo. El Art. 61 del Estatuto que se denomina “Primeras diligencias en la Corte” establece que una vez que el imputado haya sido entregado a la Corte o haya comparecido voluntariamente o en cumplimiento de una orden de comparecencia, la Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará de que ha sido informado de los crímenes que le son imputados y de los derechos que le reconoce el Estatuto, incluido el de pedir la libertad provisional.²⁷⁴

Esta disposición se desarrolla en la Regla 121 de las Reglas de Procedimiento y Prueba que establece que quien haya sido objeto de una orden de

²⁷³ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Art. 61.1.

²⁷⁴ *Idem*.

detención o de comparecencia deberá comparecer ante la Sala de Cuestiones Preliminares, en presencia del Fiscal, inmediatamente después de su llegada a la Corte y en esa primera comparecencia la Sala fijará la fecha de la audiencia de confirmación de los cargos.²⁷⁵

En este sentido se pudo comprobar que si bien era casi inmediata la presentación de los acusados una vez en custodia de la Corte para esta primera comparecencia, la audiencia de confirmación de cargos es usualmente fijada para meses después, de hecho, en la mayoría de los casos entre 6 meses y un año posterior a la primera comparecencia. Esto sin contar que cuando se habla de audiencia de confirmación de cargos en realidad se refiere a su inicio.

En el estudio de los casos que han llegado a esta fase se pudo comprobar que, está la fecha de inicio de la audiencia de confirmación de cargos, la fecha de finalización de la audiencia y luego la fecha en la que se emite la decisión de si se confirman o no los cargos contra el acusado. Y entre el inicio de la audiencia y la decisión final pueden transcurrir meses e incluso años. Este dato quedó fuera del ámbito del instrumento diseñado, ya que fue una vez iniciada la recopilación de datos que se detectó este aspecto.

Como puede verse hay una contradicción entre lo que ocurre en la práctica, y la disposición antes citada del Estatuto, que estipula que la audiencia de confirmación de cargos debe celebrarse dentro de un plazo razonable después de la entrega del acusado a la Corte. Tampoco hay un límite en la duración de la audiencia de confirmación de cargos, ya que no se trata de un solo evento sino de un procedimiento en sí mismo.

En cuanto a la confirmación de cargos como tal, en la mayoría de los casos que han llegado a esta fase se han confirmado los cargos ya sea, tal como los presentó el Fiscal o de forma parcial. Cabe destacar que la confirmación parcial de cargos no es un evento negativo con respecto a la actividad de la Fiscalía. La Sala de Cuestiones Preliminares de hecho puede no confirmar unos cargos, pero agregar otros. Además existen cerca de setenta crímenes englobados en los cuatro

²⁷⁵ Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 121: Procedimiento previo a la audiencia de confirmación.

crímenes principales enumerados en el Art. 5 del Estatuto que se desarrollan en los artículos 6, 7, 8 y 8 *bis* de este instrumento.

A pesar de lo anterior, en dos ocasiones la Fiscalía ha apelado la decisión de la Sala de no confirmar cargos, entre ellos en el caso contra Abu Garda, que es el único de Darfur donde ha habido actividad y hubo una presentación voluntaria del acusado, pero no se confirmaron los cargos y no procedió la apelación del Fiscal. Igualmente, sólo una vez se ha apelado la confirmación parcial de cargos, en el caso contra Alfred Yekatom y Patrice-Edouard Ngaïssona (CAR II). La Fiscalía quería enmendar los cargos, pero la Sala no lo autorizó.

En cuanto al tiempo que han durado los juicios la mayoría está entre los 2 y 4 años, e incluso en dos ocasiones han durado más de 4 años. Esto es relevante ya que, en caso de declaratoria de culpabilidad, de la pena será descontado el tiempo que haya pasado detenido desde la primera comparecencia ante la Corte. De estos 9 casos, uno fue terminado como ya se mencionó *supra* y sólo en 8 hubo una sentencia, pero de éstos sólo en 6 hubo declaratoria de culpabilidad y en 2 fueron absueltos los acusados, imponiéndose en todos los casos pena de reclusión no mayor a 30 años.

Las penas aplicables están establecidas en el Art. 77 del Estatuto, y de hecho su contenido se usó literal para las opciones de la pregunta 13 del segundo instrumento sobre las penas impuestas. Ahora, sobre la pena de reclusión y la cantidad de años, los criterios para su determinación están establecido en el Art. 78 del Estatuto y en la Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Hasta la fecha sólo en el caso Ntaganda (DRC) se ha impuesto la pena máxima de 30 años, en el resto se han impuesto penas de 9, 12, 14 y 18 años respectivamente y en el caso Bemba y otros, todos acusados de delitos contra la administración de justicias las penas oscilaron entre los 6 meses y los 2 años 6 meses.

Para finalizar de los 8 casos decididos se ha solicitado apelación en 5 de ellos, se apelaron las dos declaratorias de inocencia por la Fiscalía y 3 de las declaratorias de culpabilidad por los acusados. De esas 5 una decisión de apelación está en curso, en 3 se confirmó la sentencia, pero en una se revocó la declaratoria

de culpabilidad, en el caso contra Jean-Pierre Bemba Gombo, acusado de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y sentenciado a 18 años.

IV. CONCLUSIONES

Lo primero que se observó es que el grueso de la actividad de la Fiscalía proviene de situaciones remitidas por Estados parte o iniciadas *motu proprio* por el Fiscal como resultado de comunicaciones recibidas en la Fiscalía. Por su parte, la remisión de situaciones por el Consejo de Seguridad hasta la fecha, representa la menor parte de la actividad de la Fiscalía.

Del análisis del trabajo de la Fiscalía en la fase preliminar se pudo evidenciar que de las trece (13) situaciones en las que se ha decidido iniciar una investigación once (11) de ellas provienen de comunicaciones al Fiscal o han sido remitidas por Estados parte, mientras que sólo en dos ocasiones (Sudán y Libia) las situaciones fueron remitidas por el Consejo de Seguridad. Por lo que, en lo que respecta a esta fase se puede concluir que la actividad de la Fiscalía está basada en el análisis de situaciones cuyos mecanismos de remisión no son el Consejo de Seguridad.

La misma tendencia se mantiene en los casos iniciados los cuales derivan en su mayoría de las situaciones remitidas en conjunto por Estados parte e iniciadas por comunicaciones al Fiscal. Sin embargo, si se analiza por mecanismo de remisión individual, se pudo apreciar que se han abierto más casos derivados de las dos (02) situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad que de las situaciones que se han iniciado por comunicaciones a la Fiscalía, aunque el grueso de los casos proviene de situaciones remitidas por Estados parte. Otro tema es si estos casos han avanzado de forma exitosa.

Pasada la etapa de confirmación de cargos, hasta la fecha, sólo doce (12) de los veintiocho (28) casos iniciados han llegado a juicio. De estos, diez (10) tienen su origen en situaciones remitidas por Estados parte y dos (02) en situaciones iniciadas por comunicaciones al Fiscal. Por lo que, cuantitativamente puede evidenciarse que la Fiscalía ha sido más efectiva en el procesamiento de casos que derivan de remisiones de Estados Parte, sin incluir las apelaciones.

De los cinco (05) casos decididos con sentencia de culpabilidad, definitivamente firmes después de apelación hasta la fecha, todos provienen de situaciones remitidas por Estados parte. Esto es una clara evidencia que la cooperación de los Estados con la Corte a lo largo del proceso desde la remisión de la situación es un elemento fundamental para la culminación exitosa de un caso, si tomamos como parámetro una declaratoria de culpabilidad.

Este parámetro no es aleatorio, ya que en el propio preámbulo del Estatuto de Roma se afirma que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, no deben quedar sin castigo. Para ello enfatiza que los Estados parte están decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, por lo que se puede evidenciar un claro énfasis en sentencias condenatorias.

Por su parte, los casos derivados de remisiones del Consejo de Seguridad, aunque importantes en cantidad están todos en fase preliminar ya que ninguno de los acusados está en custodia de la Corte. Sólo ante el cambio político en Sudán se vislumbraban posibilidades de la entrega de alguno de los acusados, entre ellos el ex-presidente Omar Al Bashir, pero esto como consecuencia de los cambios en el Estado y no de algún tipo de intervención o influencia del Consejo de Seguridad. Posibilidad que nuevamente se ve lejana ante los recientes acontecimientos en Sudán.

Para concluir, si bien se comprobó que no ha habido efectividad de la Fiscalía en los casos derivados de remisiones del Consejo de Seguridad, también es cierto que ha habido en el camino inconvenientes con los casos que derivan de situaciones iniciadas *motu proprio*, aunque han avanzado mucho más que los derivados del Consejo de Seguridad. En todo caso, hay que seguir observando el comportamiento de la Fiscalía en las investigaciones abiertas en las que aún no han iniciado enjuiciamientos, ya que, la mayoría de ellas son derivadas de situaciones iniciadas por el Fiscal.

CAPÍTULO CUARTO
FUNDAMENTO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DE UN NUEVO ROL
POR PARTE DEL FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

I. JUSTICIA GLOBAL: ¿LA JUSTICIA SINÓNIMO DE PERSECUCIÓN PENAL?

Siendo la CPI una institución de carácter permanente, y si tomamos en cuenta la naturaleza de los crímenes bajo su competencia, podría entenderse que su función judicial debería tener un impacto en los procesos de paz, sin embargo, hay que preguntarse si el diseño de la Corte y sus órganos realmente permiten el cumplimiento de este *desiderátum*, normalmente traducido en la consigna no hay paz sin justicia (*no peace without justice*). Para ello, hay que definir primero cuando hablamos de justicia, a qué clase de justicia nos referimos y si este elemento como está concebido actualmente es fundamental para la paz.

La competencia material de la Corte incluye crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y el crimen de agresión, por lo que el elemento de la paz debe entenderse en este contexto. Un caso que se encuentre dentro del ámbito de competencia material de la Corte representa un quebrantamiento a la paz y a la seguridad internacional. Lo anterior se ve reforzado además, por el propio texto del Estatuto que en su preámbulo reconoce “*que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,*”²⁷⁶ por lo que, no habría ninguna dificultad de calificar cualquier situación que se remita a la Corte de amenaza a la paz.

En este sentido nos encontramos ante una vinculación definida por el propio Estatuto entre la justicia y el mantenimiento de la paz. Sin embargo, ante este planteamiento la pregunta es si la Fiscalía sólo debe limitarse a tomar en consideración el modelo de justicia retributiva penal tradicional occidental o si, puede tomar en consideración, en especial en la fase de examen preliminar, como causal de inadmisibilidad otros mecanismos alternativos de justicia.

²⁷⁶ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002, preámbulo párr. 3.

1. El significado de la justicia global

En el contexto de este trabajo cuando se habla de justicia global, se hace referencia a la justicia penal internacional y su vocación de universalidad, entendida como la posibilidad de tener un cuerpo legal unificado y común a los fines del tratamiento de los crímenes de mayor trascendencia para la humanidad. Esto es lo que hasta ahora en la práctica se ha intentado, y es una de las razones de la creación de la Corte Penal Internacional. De hecho, en el preámbulo del Estatuto de Roma se establece que los Estados parte están decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera.

Ahora bien, como expresan Holvoet y de Hert, el derecho global es de naturaleza más híbrida, tiene en cuenta las leyes de los diferentes países y tiene como objetivo comprender los regímenes nacionales dentro del contexto más amplio de las leyes, los instrumentos y las instituciones internacionales.²⁷⁷ Con lo cual puede verse, más que un efecto unificador un efecto integrador de la justicia penal internacional de los diversos regímenes penales que existen alrededor del mundo.

En este mismo sentido Baylis plantea que el derecho penal internacional tiene una vocación universal, pero en realidad es plural. Es universal en la medida en que los principales crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad no pueden ser tolerados en ningún sitio y en ningún contexto, pero la forma de persecución de estos crímenes es plural. No solo existen múltiples jurisdicciones, actores, procesos y normas dentro del derecho penal internacional, sino que los enjuiciamientos son sólo una de las diferentes estrategias de la justicia transicional, la cual ofrece un marco alternativo para concebir las pluralidades que son significativas para el derecho penal internacional.²⁷⁸

Existe incluso un pluralismo en los procedimientos en materia de derecho penal internacional. De hecho, los procedimientos actuales son el resultado de una

²⁷⁷ Holvoet, Mathias y de Hert, Paul, "International Criminal Law as Global Law: An Assessment of the Hybrid Tribunals", *Tilburg Law Review*, Vol. 17, Nº 2, 2012, p. 228.

²⁷⁸ Baylis, Elena A., *Cosmopolitan Pluralist Hybrid Tribunals* (April 30, 2019). Forthcoming, *The Oxford Research Handbook on Global Legal Pluralism* (2019), U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2019-11, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3395543>

mezcla entre los sistemas del *common law* y del *civil law*.²⁷⁹ Un claro ejemplo de este pluralismo son los distintos tribunales híbridos que han surgido, incluso después de que la CPI empezara a funcionar. Por un lado, estos fueron una respuesta a la crítica de los tribunales penales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda creados por el Consejo de Seguridad, y a su vez siguen siendo una respuesta ante la imposibilidad de la CPI de cubrir todas las situaciones, e incluso como complemento a las investigaciones en curso.

El derecho penal internacional, los sistemas legales nacionales y las prácticas de justicia local pueden diferir mucho en sus procesos, normas, castigos y accesibilidad. La selección de casos y acusados es inevitablemente controvertida, ya que es imposible juzgar a todos los potenciales responsables, y los riesgos de enjuiciar a figuras políticas, militares y sociales de alto nivel son altos.²⁸⁰ Adaptar este pluralismo multifacético es particularmente importante en el contexto de juicios por los crímenes de mayor trascendencia para la humanidad, porque tales escenarios involucran muchas preferencias internacionales y locales conflictivas y de alto riesgo.

Asimismo, los daños que se están rectificando se encuentran entre los más terribles y son imposibles de compensar por completo mediante procesos legales. En este contexto, los tribunales que conocen los casos sobre este tipo de crímenes deben dejar espacio para normas, procesos y valores legales plurales en circunstancias extremadamente difíciles.²⁸¹ Estamos hablando no sólo de llevar a los responsables a juicio, sino que este aspecto sea uno de los tantos necesarios para la reconstrucción de las sociedades post-conflicto.

En este sentido, la CPI ha demostrado no ser una herramienta universal para la intervención internacional en la justicia post-conflicto. Es imposible que un solo tribunal aborde todas las situaciones que entran en los supuestos de los crímenes de su competencia en todo el mundo, y la CPI ha sufrido las mismas dificultades que otros tribunales internacionales e internacionalizados en su eficacia y en su compromiso con los Estados interesados.

²⁷⁹ Holvoet, Mathias y de Hert, Paul, *op. cit.*, p. 229.

²⁸⁰ Baylis, Elena A., *op. cit.*

²⁸¹ *Idem.*

Por eso, aunque la CPI es una institución netamente internacional podría beneficiarse de mecanismos similares a los de tribunales híbridos o internacionalizados, teniendo así un mayor impacto y resolviendo sus problemas de legitimidad, específicamente su legitimidad percibida no su legitimidad normativa. Esta última estaría dada por el Estatuto y su entrada en vigor una vez que se recibieron las ratificaciones necesarias para ello.

La legitimidad percibida expresa el sentido de compromiso de las poblaciones involucradas con el trabajo del tribunal, que es un prerrequisito para los efectos transformadores que a largo plazo busca la justicia transicional, es decir, que las comunidades acepten el proceso como auténtico y se sientan satisfechas de que se ha hecho justicia. Igualmente, estarán mejor posicionadas para avanzar de manera constructiva, ya sea en el sentido de la reconciliación social, en la adopción de un Estado de derecho o en la aprobación en una narrativa histórica compartida.²⁸²

La diversidad permite a los tribunales internacionales calibrar sus procedimientos para reflejar las prioridades de sus principales audiencias locales o regionales. Si bien la comunidad internacional sigue siendo una audiencia importante para todos los tribunales que juzgan crímenes internacionales, al menos los tribunales *ad hoc* e híbridos creados para abordar los crímenes en un territorio en particular tienen como objetivo principal dirigirse a las comunidades nacionales y regionales más directamente afectadas por su labor.²⁸³

Incluso si se postulara que, con el tiempo, los tribunales penales internacionales deberían trabajar para desarrollar un sistema unificado de procedimiento penal internacional, el surgimiento y desarrollo de diversos enfoques procesales aún puede ser beneficioso. Los diferentes tribunales pueden servir como un espacio para probar y experimentar con las normas procesales en casos penales internacionales.

²⁸² Baylis, Elena A., *op. cit.*

²⁸³ Turner, Jenia Iontcheva, Pluralism in International Criminal Procedure (March 28, 2018). Oxford Handbook of Criminal Process (Darryl K. Brown, Jenia I. Turner, and Bettina Weisser, eds.) (2018 Forthcoming), SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 398, p. 17. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3151849>.

Como Colangelo ha argumentado en el contexto del derecho internacional de manera más amplia, la fragmentación puede ser una molestia creciente, necesaria e importante que asiste a la maduración del sistema legal internacional.²⁸⁴ Aun cuando los tribunales penales internacionales comienzan con diferentes objetivos y reglas procesales, con el tiempo, a medida que los jueces citan decisiones de otros tribunales internacionales y a medida que los profesionales del derecho penal internacional pasan de un tribunal a otro, los procedimientos podrían evolucionar gradualmente hacia un entendimiento compartido de las mejores prácticas.²⁸⁵

En consecuencia, en un contexto de derecho internacional, donde los sistemas internacionales y locales convergen, los mecanismos, instituciones o prácticas exitosas serán aquellas que celebren simultáneamente, tanto la variedad local, como el orden internacional.²⁸⁶ Con lo cual lo que se plantea es que el concepto de justicia penal internacional debería ser más amplio que el tradicionalmente conocido, que no es más que el intento de traducir a nivel internacional lo que se hace a nivel local, desde el punto de vista de la justicia penal retributiva tradicional. Sin embargo, en el plano internacional esta visión no sólo no es suficiente, sino que ignora la tipología y el contexto en el que se dan los crímenes que se van a juzgar.

Por lo tanto, si queremos hablar de una justicia penal internacional debe acudir a conceptos más amplios, empezando por cuestionar el propio sistema retributivo tradicional. Esto a su vez debe responder a una reconfiguración de los objetivos que debe cumplir o se espera que cumpla la justicia penal internacional, y en este sentido, la propia Corte Penal Internacional como su máxima expresión actual.

2. Objetivos de la justicia penal internacional y de la Corte Penal Internacional

²⁸⁴ Colangelo, Anthony J. "A Systems Theory of Fragmentation and Harmonization", *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 49, N° 1, 2016, p. 7.

²⁸⁵ Turner, Jenia Iontcheva, *op. cit.*

²⁸⁶ Schiff Berman, Paul, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 9.

En este análisis sobre el pluralismo legal global y la construcción de un concepto de justicia global, no cómo una idea única, sino como la armonización de la pluralidad, hay que mencionar los objetivos que tradicionalmente se persiguen o se ha concebido que debería tener la justicia penal internacional; y por tanto los objetivos de la Corte Penal Internacional.

Esto cobra relevancia ya que, para hablar de un nuevo rol del fiscal es importante tener claro qué se espera de la Fiscalía y por ende qué se espera de la Corte. En este sentido es necesario determinar cuáles son los objetivos o fines de la Corte, ya que estos orientarán la actividad del Fiscal y si estos, tal y como están contenidos en el Estatuto son inmutables o están sujetos a interpretación.

Galbraith plantea que los objetivos de los tribunales internacionales pueden dividirse en tres categorías: en la primera estarían los objetivos que se asemejan a aquellos del derecho penal nacional clásico: traer a los perpetradores ante la justicia, interrumpir y prevenir futuros crímenes y proveer retribución a las víctimas. La segunda categoría implica el establecimiento de un registro histórico de los acontecimientos. La tercera incluiría los objetivos a futuro de transformación social tales como la reconciliación, promoción del Estado de derecho y el establecimiento y mantenimiento de la paz.²⁸⁷

Con respecto a la CPI en particular, hay un acuerdo general que el propósito o mandato de la misma, al menos en teoría, incluye imponer una pena, que sería la retribución en su sentido estricto; la disuasión, el expresivismo y la justicia retributiva, especialmente la reconciliación.²⁸⁸ Hay que analizar si estos objetivos son realistas, si es posible que se cumplan y si permiten alcanzar el objetivo de la paz, como se mencionó al principio.

Se analizará a continuación cómo se perciben en la justicia penal internacional, y en particular en la Corte estos objetivos, sin pretender dar un análisis exhaustivo de los mismos, ya que, se encuentra fuera del alcance de esta investigación, pero si a modo ilustrativo. Esto con la finalidad de plantear de manera

²⁸⁷ Galbraith, Jean, "The Pace of International Criminal Justice", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 31, N° 1, 2009, p. 85.

²⁸⁸ Keller, Linda, "Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 23, 2008, p. 260.

general cuáles son las concepciones tradicionales de la justicia penal internacional, pero cómo, en el contexto de los crímenes internacionales, es un enfoque restringido.

El concepto de justicia retributiva sostiene que aquel que libremente escoge victimizar a otro merece por consiguiente sufrir, y/o aquel que ha sido victimizado merece rectificación. Cuando la victimización es criminal, la pena ha sido considerada como el medio necesario para cumplir con este fin. La justicia retributiva es más comúnmente asociada con la responsabilidad y la pena, y se centra en forzar al perpetrador de un crimen en pagar por las acciones que realizó en su comisión.²⁸⁹

Algunos consideran que en el Estatuto de Roma, la justicia es entendida desde el punto de vista de la justicia retributiva.²⁹⁰ No obstante, el uso de la persecución penal con el objeto de restablecer el equilibrio social y promover la reconciliación, aunque loable y retóricamente inspirador, es simplemente inalcanzable.²⁹¹ Como plantea Blumenson ¿Qué pasaría si es importante para poner fin a un conflicto que no intervenga la CPI?²⁹² En esta investigación se comparte la opinión de este autor, según la cual la obligación de hacer justicia no es idéntica a, y no siempre implica un simple deber de juzgar y sancionar.

Como se verá más adelante, en la revisión de las disposiciones relevantes del Estatuto se evidenciará que, aunque inicialmente pueda verse como la aplicación de justicia retributiva en el sentido antes explicado, el propio Estatuto deja espacio para otras consideraciones. De igual forma, como toda institución, está sujeta a cambios y su evolución también depende de su capacidad de adaptación,

²⁸⁹ Blumenson, Eric, "The Challenge of a Global Standard of Justice: Peace, Pluralism and Punishment at the International Criminal Court", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 44, 2006, p. 829.

²⁹⁰ Kourabas, Michael, "A Vienna Convention interpretation of the 'Interests of Justice' provision of the Rome Statute, the legality of domestic amnesty agreements, and the situation in Northern Uganda: a "Great Qualitative Step Forward," or a normative retreat?", *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, Vol. 14, N° 1, 2007, p. 74; deGuzman, Margaret M., Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court (March 2, 2012), Michigan Journal of International Law, Forthcoming; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2011-16. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1780446>, p. 302.

²⁹¹ Oko, Okechukwu, "The Challenges of International Criminal Prosecutions in Africa", *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, N° 2, 2007, p. 349.

²⁹² Blumenson, Eric, *op. cit.*, p. 834.

más si tomamos en cuenta que el Estatuto de Roma fue adoptado hace ya veintitrés (23) años.

Con respecto al objetivo de la disuasión, existen dos vertientes sobre su concepto: la disuasión general y la disuasión particular. La primera se refiere al efecto en la sociedad en general que puedan tener los procesos penales; y la segunda, al efecto sobre la persona que está siendo condenada, ya que se supone que impedirá que reincida. Los teóricos de la disuasión creen a través de normas específicas de derecho penal se puede afectar las decisiones de los individuos acerca de la comisión o no de un delito.²⁹³

Se espera que al mostrar la verdad sobre las atrocidades cometidas, sometiendo a un grupo determinado de personas responsables de las mismas a juicios penales públicos, cuyos procedimientos reflejen un proceso justo e imparcial, y que proporcionen cierto grado de justicia a las víctimas y enfatizando la responsabilidad individual sobre la colectiva, los tribunales ayudarán a romper los ciclos de violencia, deslegitimar a regímenes criminales, y promover las transiciones pacíficas a sociedades liberales arraigadas en el Estado de derecho.²⁹⁴

Ahora bien, según Ku y Nzelibe la disuasión es lo que da a la CPI su razón distintiva.²⁹⁵ Efectivamente, en el caso de la Corte este enfoque se ve reflejado en el preámbulo del Estatuto de Roma cuando establece que los Estados parte están decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes. Puede verse que el enfoque en la prevención indica, este efecto disuasorio que en teoría se espera de los procesos que se desarrollen en la Corte.

Cabe destacar que los autores antes citados plantean que, quienes cometen este tipo de crímenes suelen ser personas de alto riesgo, que no son susceptibles

²⁹³ deGuzman, Margaret M., *op. cit.*

²⁹⁴ Greenawalt, Alexander K. A., Justice Without Politics? Prosecutorial Discretion and the International Criminal Court. NYU Journal of International Law and Politics, Vol. 39, p. 583, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=960311>, p. 602.

²⁹⁵ Ku, Julian and Nzelibe, Jide, Do International Criminal Tribunals Deter or Exacerbate Humanitarian Atrocities?. Washington University Law Quarterly, Vol. 84, 2007; Hofstra University Legal Studies Research Paper No. 06-27; Northwestern Public Law Research Paper No. 931567; Northwestern Law & Econ Research Paper No. 931567. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=931567>, p. 12.

de ser disuadidos de manera significativa por las perspectivas de la acción pública de un tribunal penal internacional, ya que estos se someten a riesgos más significativos como ser torturados o asesinados.²⁹⁶ Bajo este supuesto la posible amenaza de ser detenidos y juzgados por un tribunal internacional de hecho parece menor.

Con respecto al expresivismo a veces se concibe como parte de la retribución o por lo menos como la superposición de la misma. Las teorías expresivas sostienen que el castigo penal es una forma idónea para transmitir mensajes al individuo castigado, al resto de la sociedad o a ambos a la vez. La pena sería un dispositivo válido para expresar indignación, resentimiento o reprobación.²⁹⁷ El expresivismo, por lo general requiere que el público reciba el mensaje y absorba su significado: que la conducta del actor estaba equivocada.

Según Luban, la justicia penal internacional representa un mecanismo indispensable de proyección normativa. Más allá de su valor instrumental (por ejemplo, para conocer lo que ha ocurrido), los juicios son en sí mismos actos expresivos; la sola realización de ellos pone de manifiesto que los crímenes internacionales son hechos horribles e inaceptables, y no un simple ejercicio de la razón de Estado propio de situaciones extraordinarias.²⁹⁸

Siguiendo esta argumentación la existencia de la Corte Penal Internacional, y los procesos que desarrolla tendrían un valor expresivo, como forma de condena de los crímenes, pero ese valor sería directamente proporcional a la cantidad de procesos no sólo iniciados, sino terminados y con sentencias condenatorias. Esto va alineado con el contenido del preámbulo del Estatuto y bajo el concepto de que un juicio y la imposición de una condena penal es la mejor solución.

De hecho, como se verá más adelante tanto en el Plan Estratégico de la Fiscalía como en el Documento de política sobre la selección y priorización de

²⁹⁶ Ku, Julian and Nzelibe, Jide, *op. cit.*, p. 26, deGuzman, Margaret M., *op. cit.*

²⁹⁷ Nanzer, Alberto, "Disclosure e integridad procesal en el Caso Lubanga. El respeto de las reglas procesales y la fundamentación del derecho penal internacional" en Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Steiner, Christian (eds.) *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*, Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 94.

²⁹⁸ Luban, David, "Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law", en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 569.

casos, en lo referente a la selección de los casos y la efectividad de la actividad de la Corte hay un enfoque de que éstos deberían tener una función de disuasión y expresivismo, que es también una de las razones por las que siempre se han tratado de enfocar en potenciales acusados de más alto rango, para que su persecución tenga mayor impacto.

En la práctica, como se ha derivado de los resultados del análisis hecho de la actividad de la Fiscalía en el Capítulo Tercero de esta investigación, esto en la mayoría de los casos ha dificultado la actividad de la Fiscalía, e incluso el llegar al término de los juicios, eso sin mencionar sentencias condenatorias. Por esta razón se está cambiando el enfoque, para intentar lograr una mayor tasa de efectividad y éxito en los diferentes procesos que se inician. Sobre este aspecto se profundizará en la siguiente sección.

Por último, con respecto a la función restitutiva o reparadora de la justicia ésta implica un proceso de participación activa en el cual la sociedad en su conjunto delibera sobre los crímenes ocurridos. Bajo esta aproximación el crimen es visto esencialmente como una violación a las personas y a las relaciones entre las mismas. Su objetivo primario es corregir tales violaciones y restaurarlas. Por lo tanto, este proceso, envuelve no sólo al perpetrador, las víctimas y los sobrevivientes, sino también a la comunidad a los fines de lograr un tipo de justicia que promueva la reparación y la reconciliación dando el centro de atención tanto a la víctima como al perpetrador en un proceso en el cual se procura garantizar la dignidad y el empoderamiento de la víctima, con especial énfasis en los factores contextuales.²⁹⁹

El Estatuto contiene importantes elementos de justicia restaurativa: el artículo 68 sobre la participación de las víctimas en el proceso judicial, el artículo 75 relativo a la reparación a las víctimas que incluye la restitución, la indemnización y la rehabilitación, y el artículo 79 sobre el establecimiento de un fondo fiduciario en

²⁹⁹ Katshung, Yav, The relationship between the International Criminal Court and Truth Commissions: Some thoughts on how to build a bridge across retributive and restorative justice, http://www.iccnw.org/documents/InterestofJustice_JosephYav_May05.pdf; Refugee Law Project Working Paper No. 17, Peace First, Justice Later: Traditional Justice In Northern Uganda, July 2005, www.refugeelawproject.org.

beneficio de las víctimas. Aun cuando estas disposiciones son positivas, no son suficientes por sí mismas. Con el fin de ofrecer potencialmente una justicia más centrada en las víctimas, se argumenta que la Corte necesita incluir una mayor claridad y comprensión en relación a los aspectos restitutivos o restaurativos de su mandato.

Los objetivos antes planteados si bien son deseables, ponen demasiado peso en la función de la Corte sobre la prevención y solución de las situaciones en las que se dan los crímenes de su competencia. Si bien la justicia es una condición necesaria para la reconciliación, no es suficiente por sí sola. Para cada grupo después de un conflicto se genera un dilema entre corregir las injusticias del pasado mientras se crean, un presente y futuro viables. Por lo tanto, la reconciliación necesita enfoques complementarios para lograr la justicia, no sólo el típico proceso retributivo antagonista.

3. Mecanismos alternativos a la justicia penal

La Corte Penal Internacional no tiene la capacidad para juzgar a todos los involucrados en una situación, ni para promover la reconstrucción de una sociedad post-conflicto. Pero puede trabajar en conjunto con otros mecanismos, adaptados además a cada realidad, para tener una solución más completa y con mayor amplitud, que abarque diferentes perspectivas de la situación en concreto.

El documento de política general sobre exámenes preliminares de la Fiscalía (*Policy paper on preliminary examination*) enfatiza que una parte significativa de los esfuerzos de la Fiscalía en la etapa de examen preliminar está dirigida a alentar a los Estados a cumplir con su responsabilidad primordial de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales. Asimismo, establece dos objetivos generales de las actividades de examen preliminar: 1) el fin de la impunidad, mediante el fomento de procedimientos nacionales genuinos; y 2) la prevención de delitos.³⁰⁰

Una evaluación de los informes de la Fiscalía sobre las actividades de examen preliminar revela que ésta lleva a cabo una amplia gama de actividades

³⁰⁰ Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, ICC-OTP 2013, párr. 93.

que incluyen analizar las conclusiones y decisiones de los tribunales nacionales, así como los procesos judiciales nacionales no penales. Es de particular interés desde una perspectiva de la complementariedad que la Fiscalía a veces entabla consultas extensas con organismos estatales y otras partes interesadas, incluidos los remitentes de comunicaciones en el marco del artículo 15 del Estatuto, para discutir y evaluar el progreso de los procedimientos internos y comunicar sus opiniones al respecto.³⁰¹

Como se señaló anteriormente, uno de los objetivos generales clave establecidos por el Documento de política general sobre exámenes preliminares es poner fin a la impunidad mediante el fomento de procedimientos nacionales genuinos, a lo que la Fiscalía se refiere como poner fin a la impunidad mediante la complementariedad positiva. Cuando se identifiquen casos potencialmente comprendidos en la competencia de la Corte, la Fiscalía procurará fomentar, si ello es viable, las investigaciones y enjuiciamientos nacionales auténticos por parte de los Estados a los que atañen esos crímenes.³⁰²

La Fiscalía ha señalado que el carácter complementario de la Corte requiere que las autoridades judiciales nacionales y la CPI funcionen conjuntamente. Los Estados tienen la responsabilidad primordial de prevenir y castigar los crímenes, mientras que los procedimientos ante la CPI deben ser una excepción a la norma. Una Corte fundada en el principio de complementariedad garantiza la primacía del estado de derecho a nivel internacional al crear un sistema de justicia internacional interdependiente, cuyas partes se fortalecen mutuamente.³⁰³

Hansen va más allá y divide la complementariedad positiva en: 1) complementariedad de traspaso, según la cual la CPI toma medidas para garantizar que las autoridades nacionales asuman por completo la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes del Estatuto de Roma y; 2) complementariedad de distribución de la carga, según la cual la CPI toma medidas para garantizar cierto

³⁰¹ Hansen, Thomas Obel, *The Policy Paper on Preliminary Examinations: Ending Impunity Through 'Positive Complementarity'?* (March 22, 2017). Transitional Justice Institute Research Paper No. 17-01, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2939139>, p. 12.

³⁰² Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, ICC-OTP 2013, párrs. 100 y 101.

³⁰³ *Ibidem*, párr. 100.

nivel de distribución de la carga con las autoridades nacionales en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes del Estatuto de Roma.³⁰⁴

La Fiscal saliente, Fatou Bensouda, ha destacado igualmente la importancia de que los exámenes preliminares contribuyan a la complementariedad positiva, señalando que la fase de examen preliminar permite que varios actores tengan la oportunidad de tomar medidas, y que la Fiscalía esté monitoreando activamente hasta qué punto, sus actividades de examen preliminar pueden servir para estimular auténticos procesos nacionales contra quienes parecen ser los más responsables de los delitos más graves.³⁰⁵

En el Plan Estratégico actual de la Fiscalía (2019-2021), se incluye la complementariedad positiva como parte de su objetivo estratégico 6: seguir fortaleciendo la capacidad de la Fiscalía y sus socios para cerrar la brecha de impunidad. Si bien el objetivo principal de un examen preliminar sigue siendo determinar de manera oportuna si se cumplen las condiciones legales para que se inicie una investigación, el solo hecho de colaborar con las autoridades nacionales a veces puede dar lugar a que éstas tomen medidas adicionales y así evitar una costosa investigación.³⁰⁶

Ahora bien, el centro de la discusión sería qué se puede considerar como medidas apropiadas en el ámbito del Estatuto de Roma. Existen mecanismos alternativos al sistema punitivo tradicional, entre ellos las comisiones de la verdad y reconciliación (TRC por sus siglas en inglés, *truth and reconciliation commission*) o prácticas tradicionales, de las cuales ya existen ejemplos en la práctica tales como la TRC de Sudáfrica o el establecimiento de las *Gacaca Courts* en Ruanda basadas en la codificación de mecanismos tradicionales.

Las comisiones de la verdad, ejemplificadas por el esfuerzo de Sudáfrica tras el fin del *apartheid*, representan un mecanismo de justicia alternativo que busca la verdad y las oportunidades para la reconciliación, en lugar del castigo.³⁰⁷ Dicha

³⁰⁴ Hansen, Thomas Obel, *op. cit.*, p. 19.

³⁰⁵ Bensouda, Fatou, "Reflections from the International Criminal Court Prosecutor", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 45, 2012, pp. 508-509.

³⁰⁶ Strategic Plan of the Office of the Prosecutor 2019-2021, ICC – OTP, 17 July 2019, párr. 50.

³⁰⁷ Minow, Martha, "Do Alternative Justice Mechanisms Deserve Recognition in International Criminal Law: Truth Commissions, Amnesties, and Complementarity at the International Criminal Court",

Comisión formó parte del proceso de transición negociada en ese país, donde jugó dos papeles fundamentales: dar respuesta a las demandas de ciertos grupos de la sociedad civil, que pedían justicia ante las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el *apartheid*, y ejercer un tipo de justicia que no pusiera en peligro los acuerdos obtenidos entre las principales fuerzas políticas que dieron fin al *apartheid*. Lo cual lleva a la reflexión de cómo evolucionaría esta solución si se presentara bajo la vigencia del Estatuto de Roma.

En el mismo sentido de esa reflexión, Minow plantea si la CPI debería considerar a las comisiones de la verdad, las concesiones de amnistía y otras alternativas al enjuiciamiento como mecanismos válidos que satisfagan el requisito de acción nacional, en el que se basa la complementariedad, que a su vez priva a la CPI de autoridad para proceder. Si la respuesta es positiva la pregunta sería ¿Cuándo estos procesos nacionales dedicados a la justicia restaurativa excluirían la actividad de la Corte?³⁰⁸

En esencia, estas preguntas se refieren a si la CPI, y el proyecto de justicia penal internacional que representa, dejan espacio para concepciones alternativas de la justicia más allá del modelo antagónico occidental. Para ello es necesario acudir al texto del Estatuto, que en relación con la admisibilidad de un asunto en la Corte establece:

Artículo 17

Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

Harvard International Law Journal, Volume 60, Number 1, Winter 2019, p. 1.

³⁰⁸ *Idem*.

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

(...)

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.³⁰⁹

(...)

Hay que recordar que la complementariedad es el principio que concilia el deber de los Estados de ejercer su jurisdicción sobre crímenes internacionales con el establecimiento de la Corte Penal Internacional, la cual es de carácter permanente y tiene competencia sobre los mismos crímenes. La admisibilidad es el criterio que permite determinar, respecto de un caso, si corresponde a una jurisdicción nacional o a la Corte. En consecuencia, la admisibilidad puede

³⁰⁹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Art. 17.

considerarse como la herramienta que permite la implementación del principio de complementariedad con respecto a un escenario específico.

De conformidad con los apartados a) y b) del artículo 17 antes transcrito, el criterio primordial para determinar la admisibilidad de un caso es la existencia de una investigación y un enjuiciamiento a nivel nacional con respecto al caso. La voluntad y capacidad de un Estado para enjuiciar e investigar genuinamente los delitos de la competencia de la Corte son los dos conceptos fundamentales en torno a los cuales giran la noción de admisibilidad y el principio mismo de complementariedad.

Como se deriva del texto del artículo 17 del ER en cuanto a los criterios de admisibilidad, se habla de que no es admisible un caso si ya está siendo juzgado por la jurisdicción nacional, pero debe ser el mismo delito. Cuando no es exactamente igual o los procedimientos son diferentes a los de la Corte, ésta debe adaptarse, y estudiar el sistema judicial de cada país, por lo que desde esa instancia debería reconocer el pluralismo judicial.

Partiendo de este supuesto, y si tomamos como punto de referencia los criterios establecidos en el Art. 17 antes citados para procesos penales tradicionales, los distintos mecanismos alternativos de justicia penal también deberían seguir ciertos criterios de credibilidad y funcionamiento, para ser considerados como una causal de inadmisibilidad en el marco de lo dispuesto por el Estatuto. De esta manera se evita que sean vistos o usados como una forma de evadir las responsabilidades del Estado en cuestión.

Se plantea que en el caso específico de las comisiones de la verdad estas deberían satisfacer cinco criterios de calidad mínimos: 1) un mandato para investigar un patrón de abuso que ocurre durante un período de tiempo específico; 2) un esfuerzo oficial por tiempo limitado que se centra en un patrón de abusos del pasado y no en un patrón continuo, en parte al involucrar a la población afectada; 3) recibir testimonio de víctimas, familiares y testigos; 4) emitir un informe final con recomendaciones; y 5) poner el informe final a disposición del público.³¹⁰

Por otro lado, cuando hablamos de tomar en consideración prácticas

³¹⁰ Minow, Martha, *op. cit.*, p. 6.

tradicionales se hace más complicado el análisis. En el caso específico de la Corte, este dilema ya se presentó en la situación de Uganda. Cuando el gobierno refirió la situación en su país para que fuese investigada y se tomaran posibles acciones penales por parte de la CPI, los críticos conocedores de las prácticas de justicia restaurativa del pueblo Acholi en el norte de Uganda abogaron por la deferencia a estos métodos tradicionales en lugar de la acción de la CPI.

El Sector de Justicia, Ley y Orden del propio gobierno de Uganda trabajó para crear un sistema que combinara enjuiciamientos domésticos, amnistías, una comisión de la verdad y mecanismos locales de justicia tradicional para hacer frente a los 50 años de violencia desde la independencia nacional. Al carecer de una guía clara sobre si esos esfuerzos nacionales debían prohibir la acción internacional, la Fiscalía de la CPI procedió con sus propios esfuerzos poniendo en peligro los trabajos de reconciliación en Uganda.³¹¹

Muchas comunidades han practicado durante mucho tiempo formas de justicia restaurativa y otras han comenzado más recientemente a explorar éstas técnicas. La elección entre enfoques anima un debate sobre la visión que el derecho internacional debe adoptar hacia las prácticas de justicia penal acusatoria frente a la restaurativa, y en especial en el marco de la Corte Penal Internacional por su carácter permanente.

Como ya se mencionó, la CPI carece de recursos o capacidad suficientes para investigar y enjuiciar todos los casos relevantes y, por lo tanto, por diseño, busca promover la responsabilidad y la capacidad entre las naciones de todo el mundo para buscar justicia después de situaciones de violencia masiva. De esta manera, la CPI puede integrar respuestas legales nacionales e internacionales para este tipo de situaciones

Cabe destacar que la propia Fiscalía ha establecido que es necesario integrar diferentes enfoques y que todos los enfoques pueden ser complementarios, ya que, la justicia penal proporciona una parte de la respuesta necesaria a los delitos graves de interés internacional que, por sí misma, puede resultar insuficiente. Como tal, respalda plenamente el papel complementario que pueden desempeñar los

³¹¹ *Ibidem*, pp. 7-8.

enjuiciamientos internos, la búsqueda de la verdad, los programas de reparación, la reforma institucional y los mecanismos de justicia tradicional en la búsqueda de una justicia más amplia.³¹²

Asimismo, ha afirmado el valioso papel que pueden desempeñar estas medidas para hacer frente a un gran número de delincuentes para abordar la brecha de impunidad y que, buscará trabajar con quienes participan en una variedad de mecanismos de justicia en cualquier situación dada, asegurando que todos los esfuerzos sean lo más complementarios posible en el desarrollo de un enfoque integral.³¹³

El objetivo último de este planteamiento es entender que se necesitan diferentes mecanismos para que la paz se mantenga y que se construya una nueva y mejor sociedad posterior al conflicto, que evite que este se repita en el futuro y sin duda la justicia es uno de ellos, pero esto nos devuelve a la reflexión sobre qué es justicia, el tipo de justicia que se quiere impartir a través de la CPI y con qué objetivo.

II. FORTALECIMIENTO DE LAS FUNCIONES DE LA FISCALÍA

Como ya se ha mencionado en la sección anterior, antes de iniciar una investigación el Fiscal debe analizar la competencia y la admisibilidad. En este sentido se ha planteado que en el marco del Art. 17 del Estatuto se podría declarar inadmisibile una situación aceptando mecanismos alternativos de justicia como respuestas eficaces de actuación, por parte del Estado en cuestión.

Ahora bien, si no se considerara que puede pasar el filtro de la admisibilidad, el propio Estatuto abre la posibilidad de tomar en cuenta un criterio diferente al momento de decidir iniciar una investigación o llevar un caso a juicio y es que estos no redundarían en interés de la justicia, de conformidad con el Art. 53 del Estatuto. Sobre esta base se hará un análisis de la potestad discrecional de la Fiscalía en este sentido, que a su vez puede ser una alternativa para responder a los posibles conflictos entre procesos judiciales y negociaciones de paz.

³¹² Office of the Prosecutor, *Policy Paper on the Interests of Justice*, September 2007 (ICC-OTP-2007), pp. 7-8.

³¹³ *Idem*.

1. Alcance de la facultad discrecional del Fiscal según el significado de “en interés de la justicia” en el art. 53 del Estatuto de Roma

En el esquema actual del Estatuto de Roma, el Fiscal no tiene la capacidad de suspender como tal una investigación o enjuiciamiento, esta facultad pertenece sólo al Consejo de Seguridad. Sin embargo, según lo establecido en su artículo 53, el Fiscal puede decidir no dar inicio a una investigación o no llevar un caso a juicio. Aunque no es la facultad de suspensión *estricto sensu* es un modo de suspensión, ya que además siempre puede retomar una investigación o abrir un caso que antes haya decidido no abrir.

Específicamente, nos vamos a centrar en el contenido de Art. 53.1 c) y 2 c) que establece de forma específica la facultad potestativa del Fiscal de no iniciar una investigación o enjuiciamiento cuando se considere que ésta no redundaría en interés de la justicia:

Artículo 53

Inicio de una investigación

1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:

(...)

c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.(...).

2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:

(...)

c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a

la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.³¹⁴

Los otros elementos a tomar en consideración para iniciar una investigación están relacionados con los criterios de competencia y admisibilidad, establecidos en los artículos 5 (Crímenes de la competencia de la Corte) y 17 (Cuestiones de admisibilidad) del Estatuto de Roma. Estos a su vez deben ser cumplidos primero, antes de considerar un análisis sobre si la investigación o enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia. De igual forma los requisitos de competencia y admisibilidad son positivos, hay que probar su existencia mientras que, en teoría, no se debería probar que una investigación o juicio es en interés de la justicia.

La frase “en interés de la justicia” ha suscitado mucho debate ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado. Por esta razón, la Fiscalía publicó en septiembre de 2007 un Documento de Política sobre el Interés de la Justicia (*Policy Paper on the Interests of Justice*), con la finalidad de dar luces sobre en qué situaciones podría no estar una investigación en interés de la justicia, pero siempre aclarando que es una consideración que se hace en abstracto, y que siempre hay que atender a la casuística, por lo cual no da un concepto específico como tal ni un marco de actuación cerrado para el Fiscal.

Lo que si aclara este documento es que, en primer lugar, el ejercicio de la facultad discrecional del Fiscal en virtud del artículo 53.1 c) y 2 c) es de carácter excepcional y que existe una presunción a favor de la investigación o el enjuiciamiento siempre que los criterios de competencia y admisibilidad se han cumplido. En segundo lugar, los criterios para su ejercicio se guiarán naturalmente por el objeto y propósitos del Estatuto, entre ellos, poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional. En tercer lugar, que existe una diferencia entre los conceptos de interés de la justicia e interés de la paz, y que este último se enmarca dentro del

³¹⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Art. 53.

mandato de instituciones distintas a la Fiscalía.³¹⁵

Como se deriva de la última frase, la Fiscalía intenta deslindar su labor de los procesos de paz, planteando que ese no es su objetivo como institución, sin embargo, como se mencionó al principio de este capítulo existe una relación casi inescindible entre la actividad de la Corte y los procesos de paz por el contexto en que se dan los crímenes que entran en su competencia material. Asimismo, se reitera que la evaluación de este tipo de casos no puede hacerse sin tomar en consideración el resto de factores que los rodean.

Igualmente, si se toma en cuenta el carácter excepcional que se menciona, en conjunto con el objeto y propósitos del Estatuto se puede evidenciar que hay una clara tendencia hacia la justicia penal retributiva tradicional, ya que, no sólo se menciona en el preámbulo poner fin a la impunidad, sino también se resalta que principalmente “*es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*”.³¹⁶

Como se mencionó *supra*, según el Documento de Política sobre el interés de la justicia, la Fiscalía ha establecido que este concepto en el Estatuto, aunque necesariamente más amplio que la justicia penal en sentido estricto, debe interpretarse de acuerdo con el objeto y propósitos del Estatuto. Por lo tanto, no debe concebirse de manera tan amplia como para abarcar todas las cuestiones relacionadas con la paz y la seguridad.³¹⁷

Aun así, la Fiscalía resalta que en situaciones en las que la CPI está involucrada, serán necesarias soluciones integrales que aborden los elementos humanitarios, de seguridad, políticos, de desarrollo y de justicia y que tratará de trabajar de manera constructiva y respetar los mandatos de quienes participan en otras áreas, pero seguirá su propio mandato judicial de forma independiente.³¹⁸

Existen también unos factores objetivos explícitos a analizar en el caso de que se quiera tomar en cuenta este elemento del interés de la justicia: la gravedad

³¹⁵ Office of the Prosecutor, *Policy Paper on the Interests of Justice*, September 2007 (ICC-OTP-2007), p. 1.

³¹⁶ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Preámbulo, párr. 6.

³¹⁷ Office of the Prosecutor, *Policy Paper on the Interests of Justice*, September 2007 (ICC-OTP-2007), p. 8.

³¹⁸ *Idem*.

del crimen y el interés de las víctimas. Con respecto a la gravedad del crimen, para determinar si la situación es de gravedad suficiente, la Fiscalía considera la escala de los delitos, su naturaleza, la forma de comisión y su impacto. El interés de las víctimas es más complejo, ya que incluye su interés en que se haga justicia, pero también otros intereses esenciales como su protección.

Ahora bien, la gravedad del delito y los intereses de las víctimas no son los únicos factores que pueden considerarse para determinar el interés de la justicia, son solo ejemplos de factores que pueden sopesarse en una decisión de aplazar una investigación de conformidad con el artículo 53.1 c). Es importante destacar que debido al uso de la expresión neutral "teniendo en cuenta", los factores que pueden considerarse en virtud del artículo 53.1 c) podrían influir a favor de una investigación o ir en contra. Si los factores que van en contra de una investigación superan a los que la favorecen, entonces una investigación no serviría a los intereses de la justicia.³¹⁹

En el caso del artículo 53.2 c) ocurre lo mismo. La referencia a "todas las circunstancias" y su yuxtaposición a "entre ellas" parecen indicar que la lista de factores que puede sopesar el Fiscal es meramente ilustrativa. No obstante, el hecho de que ni "todas las circunstancias" ni los criterios adicionales hayan sido empleados en el artículo 53.1 c) no significa que la lista de este último de posibles intereses de la justicia sea cerrada. En cambio, la referencia explícita a más factores en el Artículo 53.2 c) se explica mejor por el hecho de que, cuando esta disposición entre en juego, posiblemente haya más información disponible para el Fiscal, ya que ya se ha realizado una investigación.³²⁰

Es importante recordar que el supuesto del Art. 53.1 está referido a las condiciones que se deben cumplir para que después del examen preliminar se decida abrir una investigación sobre una situación remitida a la Fiscalía. Mientras que los supuestos del Art. 53.2 van referidos a que se decida abrir un caso y llevar a los imputados a juicio. Por esta razón hay más amplitud en las consideraciones

³¹⁹ De Souza Dias, Talita, "'Interests of Justice': Defining the Scope of Prosecutorial Discretion in Article 53 (1)(C) and (2)(C) of the Rome Statute of the International Criminal Court", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30, N° 3, 2017, p. 737.

³²⁰ *Ibidem*, p. 739.

para analizar si al momento de abrir un caso estaría en interés de la justicia o no.

En el caso del requisito de la participación en el crimen, la Fiscalía había expresado claramente su política de centrar sus investigaciones en quienes tuviesen el mayor grado de responsabilidad. Los factores que deben tenerse en cuenta incluyen el presunto estatus o nivel jerárquico del acusado o su implicación en delitos particularmente graves o notorios. Es decir, la importancia del papel del acusado en la comisión general de los delitos y el grado de participación del acusado.

Cabe destacar que hasta el plan estratégico 2016-2018 la Fiscalía siempre se había orientado a la persecución de aquellas personas que consideraba más responsables. Pero en el plan estratégico 2019-2021, que se encuentra en ejecución a la fecha de escribir estas líneas la Fiscalía ha cambiado su enfoque. En el marco del objetivo estratégico 2: aumentar la rapidez, eficiencia y eficacia de los exámenes preliminares, las investigaciones y los enjuiciamientos, una de las estrategias para lograr este objetivo consiste en que cuando sea apropiado, perseguir casos más limitados.³²¹

Durante el período 2019-2021, la Fiscalía ha dado mayor consideración a la posibilidad de llevar ante la justicia casos de alcance más limitado, en la medida en que se centren en aspectos clave de la victimización, incidentes particulares, áreas, períodos de tiempo o un solo acusado. En particular, cuando corresponda, la Fiscalía considerará la posibilidad de entablar casos contra perpetradores notorios o de nivel medio que estén directamente involucrados en la comisión de delitos, para brindar una rendición de cuentas más profunda y amplia y también para, en última instancia, tener una mejor perspectiva de condena en posibles casos posteriores contra un acusado de alto nivel.³²²

Esto no cambia que la Corte no puede juzgar a todos los involucrados que puedan ser responsables en una determinada situación y que por tanto debe hacer un uso lo más eficiente posible de los recursos limitados con los que cuenta. De allí la importancia de mantener una estrecha relación con los países involucrados en

³²¹ Strategic Plan of the Office of the Prosecutor 2019-2021, ICC – OTP, 17 July 2019, p. 20.

³²² *Idem*.

las diferentes situaciones que investiga y el seguimiento de los distintos procesos que a lo interno pueda usar cada Estado para atender la situación, que a su vez va a responder a sus realidades específicas.

Por lo tanto, si tomamos el criterio de que, no sólo se realizarán procesos contra los más altos rangos, esto traería como consecuencia que sea más fácil determinar que una causa contra un determinado sujeto puede no estar en interés de la justicia. Anteriormente, esto se veía limitado porque se enfocaban en los más altos rangos, pero si el espectro se abre hay más campo para otras consideraciones, ya que, como se ha mencionado la CPI no puede abarcar todos los casos y a todos los responsables.

La CPI se creó con la premisa de que la justicia es un componente esencial de una paz estable. El preámbulo del Estatuto reconoce que los crímenes bajo la jurisdicción de la Corte amenazan la paz, la seguridad y el bienestar del mundo. El Secretario General de las Naciones Unidas ha declarado que justicia, paz y democracia no son objetivos excluyentes, sino imperativos que se refuerzan mutuamente.³²³

No se puede ignorar la relación entre justicia y paz, ya que, prácticamente cualquier tema de derecho penal internacional está vinculado, de una forma u otra, a cuestiones de paz y seguridad. Por tanto, el hecho de que una determinada valoración se refiera a cuestiones políticas no significa que se salga por completo de la ley. Más bien, cualquier tema contiene aspectos que pueden considerarse desde una perspectiva jurídica y, por lo tanto, son justiciables.³²⁴

Sobre esta base, de Souza ha argumentado que la frase interés de la justicia tiene un significado amplio, lo que permite al Fiscal decidir no emprender una investigación o enjuiciamiento penal basándose en consideraciones distintas a las estrictamente relacionadas con el propio proceso penal. Esas consideraciones podrían incluir formas alternativas de justicia (como comisiones de la verdad y reconciliación, reparaciones, etc.), amnistías o indultos y cuestiones de paz y

³²³ Report of the Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice, 23rd August, 2004, S/2004/616, párr. 49.

³²⁴ De Souza Dias, Talita, *op. cit.*, p. 742.

seguridad.³²⁵

Hasta la fecha el argumento sobre el interés de la justicia se ha usado en una sola situación y de una forma singular, ya que, fue la Sala de Cuestiones Preliminares quien usó este argumento para no autorizar a la Fiscalía el inicio de una investigación en la situación de Afghanistan. Lo que es contrario al sentido de las ideas que se han venido desarrollando, ya que, tendría que haber sido la Fiscalía quien alegara esta causa para no investigar y la Sala confirmar o contradecir dicha decisión.

El 20 de noviembre de 2017, el Fiscal presentó una solicitud de autorización de una investigación sobre los delitos presuntamente cometidos en la República Islámica de Afganistán desde el 1 de mayo de 2003, así como los delitos conexos presuntamente cometidos en otros Estados partes desde el 1 de julio de 2002. La solicitud incluía: (i) los talibanes y grupos afiliados por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; (ii) las Fuerzas Nacionales de Seguridad de Afganistán por crímenes de guerra; y (iii) las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América y su Agencia Central de Inteligencia por crímenes de guerra.³²⁶

La Sala procedió a analizar los requisitos de competencia y admisibilidad concluyendo que existía una base razonable para creer que los elementos contextuales, tanto de los crímenes de lesa humanidad como de los crímenes de guerra estaban satisfechos con respecto a los supuestos hechos, en particular a la luz de su escala y magnitud. Asimismo, concluyó que el umbral de gravedad establecido en el artículo 17.1 d) se cumplía con respecto a todas las categorías de delitos por los cuales la Fiscalía solicitaba autorización para investigar.³²⁷

Posterior a esto, la Sala decidió hacer ciertas consideraciones sobre el interés de la justicia argumentando que, en ausencia de una definición u otra orientación en los textos estatutarios, el significado del interés de la justicia como factor que potencialmente excluye el ejercicio de la discreción fiscal debe

³²⁵ *Ibidem*, p. 732.

³²⁶ Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15, ICC-02/17-7-Conf-Exp (public redacted version registered on the same day, ICC-02/17-7-Red), para. 1.

³²⁷ Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, párrs. 66 y 85.

encontrarse en los objetivos generales que subyacen en el Estatuto: el enjuiciamiento efectivo de los casos más graves, la lucha contra la impunidad y la prevención de atrocidades masivas. Todos estos elementos coinciden en sugerir que, como mínimo, una investigación solo redundaría en interés de la justicia si, prospectivamente, parece adecuada para dar como resultado la investigación efectiva y el enjuiciamiento posterior de los casos dentro de un plazo razonable.³²⁸

La Sala analizó los elementos antes mencionados a los fines de determinar si efectivamente, iniciar una investigación en esta situación estaba en interés de la justicia y concluyó que una investigación sobre la situación en Afganistán en esa etapa no redundaría en interés de la justicia y, en consecuencia, rechazó la solicitud de autorización de la Fiscal para iniciar una investigación en esa situación.³²⁹

Sin embargo, como fue mencionado anteriormente, este requisito es negativo, hay una presunción de que toda investigación redundante en interés de la justicia por lo que, siguiendo el propio texto del Art. 53 del Estatuto lo que debe probarse es lo contrario. Por esta razón la Sala de apelaciones decidió revertir la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares.

En principio, la Sala de Apelaciones argumentó que el artículo 15.4 del Estatuto requiere que la SCP determine si existe una base fáctica razonable para que el Fiscal proceda con una investigación, en el sentido de si se han cometido delitos, y que los posibles casos que surjan de dicha investigación parezcan estar dentro de la competencia de la Corte. Pero que la Sala de Cuestiones Preliminares no está facultada para revisar el análisis del Fiscal de los factores contenidos en el artículo 53.1) del Estatuto.³³⁰

La Fiscal en su solicitud de apelación alegó que en ausencia de cualquier motivo para dudar de la determinación del Fiscal de que no había razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia, la Sala de Cuestiones Preliminares debería haber aceptado su evaluación con

³²⁸ *Ibidem*, párr. 89.

³²⁹ *Ibidem*, Decision.

³³⁰ Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17 OA4, 5 March 2020, párr. 1.

arreglo al artículo 53.1 c) del Estatuto y autorizar la investigación.³³¹

En conjunto, esta decisión, junto con las disposiciones antes citadas respaldan la conclusión de que las investigaciones y los enjuiciamientos son el objetivo inmediato del Estatuto de Roma, aunque no necesariamente su objetivo general o predominante. Lo mismo ocurre con otros tribunales penales internacionales y sistemas nacionales, en los que el enjuiciamiento es el aspecto común de la justicia penal.

Ahora bien, como ya se ha argumentado en determinadas circunstancias, las investigaciones o los enjuiciamientos podrían dejarse de lado por poner en peligro objetivos, como la paz y la seguridad. De Souza y Akande plantean que, ciertos tipos de negociaciones de paz deben considerarse parte del interés de la justicia, lo que justificaría el aplazamiento de las investigaciones o enjuiciamientos penales en situaciones de conflicto armado activo. Para ello toman en cuenta cuatro consideraciones principales:³³²

1) Aunque es difícil medir el impacto real de las soluciones judiciales y políticas en situaciones de conflicto armado en curso, cada una de ellas desempeña un papel importante en el logro y mantenimiento de la paz, así como en la protección de los derechos humanos.

2) Si bien la justicia es un componente importante del logro de la paz sostenible en situaciones de conflicto armado, la justicia retributiva en forma de enjuiciamientos penales no es la única forma en que las víctimas pueden lograr justicia. Se debe prestar atención a una variedad de mecanismos de justicia que también pueden traer el alivio que promete la justicia penal internacional.

3) Puede darse el caso de que los mecanismos políticos destinados a lograr la paz y los mecanismos de rendición de cuentas judiciales, en particular los penales, no puedan aplicarse al mismo tiempo. De hecho, en algunas circunstancias, la situación de violencia o conflicto sobre el terreno puede ser tan extrema que, para que la paz se logre finalmente, el componente judicial o procesal

³³¹ *Ibidem*, párr. 21.

³³² De Souza Dias, Talita y Akande, Dapo, "When Should the ICC Prosecutor Defer Investigations or Prosecutions in Situations of Active Armed Conflict in Favor of Peace Negotiations?", *Individualization of War Project, European University Institute, Policy Brief*, 2019, p. 2.

solo puede comenzar después de que se aseguren ciertas condiciones mínimas a través de un proceso negociado políticamente.

Incluso en los casos en que la violencia se ha contenido temporalmente, la situación puede ser tan incierta o inestable que el inicio de un proceso penal podría poner en peligro lo que se hubiese logrado mediante una negociación de paz. Lo más probable es que esto ocurra cuando los acusados en el proceso penal estén en condiciones de llevar a cabo las conversaciones de paz de manera efectiva o de influir en la situación de violencia sobre el terreno.

La combinación de las consideraciones segunda y tercera puede significar que, en determinadas circunstancias, en particular, cuando las negociaciones de paz están atentas a las preocupaciones de la justicia y los intereses de las víctimas, la anulación de los enjuiciamientos penales puede conducir a una justicia que en términos de calidad y alcance es más deseable. Por lo tanto, a largo plazo, puede redundar en interés de la justicia que determinados procesos penales se dejen de lado temporalmente para poder intentar negociaciones de paz.

4) Una política procesal que tenga en cuenta estas consideraciones puede contribuir a prevenir o remediar algunos de los desafíos que enfrenta actualmente la Corte en materia de cooperación estatal, restricciones presupuestarias y procedimientos largos o complejos.

Esto se debe a que, al saber que el Fiscal tiene la capacidad y la voluntad de aplazar una investigación o enjuiciamiento en aras de las negociaciones de paz con un componente de justicia, los Estados pueden estar seguros de que la Corte no interferirá cuando sea necesaria una solución política. Esto puede conducir a una mayor cooperación estatal en casos específicos y a un mayor apoyo general para la Corte, incluso de carácter financiero.

En la misma línea, al permitir el avance de negociaciones de paz, el Fiscal puede evitar el inicio de procesos penales que, en un momento determinado, resultarían demasiado complicados o costosos ante las difíciles condiciones políticas o de seguridad en el país. Este fue el caso por muchos años en la situación de Libia, en donde se no podían llevar a cabo investigaciones *in situ* por el peligro que representaba para el personal de la Corte.

Además, si la solución política tiene éxito, tanto en lo que respecta al logro de la paz, como a la instauración de mecanismos de justicia local que pueden ser de tipo restaurativo, es posible que no sea necesario iniciar ninguna investigación o enjuiciamiento, partiendo del principio de complementariedad ya antes explicado.

Como puede apreciarse, el texto del artículo 53 antes discutido da la posibilidad al Fiscal de no iniciar investigaciones o abrir un determinado caso, si esto no redundaría en interés de la justicia. Por lo que, si se hace una interpretación más amplia del significado de justicia, se puede dar cabida a la pluralidad de soluciones según el caso concreto, en donde se vea la situación desde un punto de vista integral y no sólo como un proceso legal en abstracto que debe llevarse cabo, o pensar que eso por sí mismo va a tener un impacto en la situación de la que se deriva.

También es importante recordar que la Corte Penal Internacional no es sólo un tribunal es también una organización internacional, que como ya se ha mencionado engloba una gran cantidad de sistemas jurídicos, por lo que puede ser pensada para integrar otras consideraciones además de las de justicia retributiva tradicional. Cabe destacar que en diferentes países la tendencia actual es al uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, incluso en la vía penal. Por lo que, si se toma en cuenta la complejidad de los casos que se conocen ante la Corte estos no deberían descartarse, ni pensarse como elementos separados o discordantes con el concepto de justicia.

2. Directrices para la selección y priorización de casos por parte de la Fiscalía
Desde el inicio de las actividades de la Corte, y por ende la Fiscalía, uno de los aspectos más controvertidos ha sido la selección de situaciones y casos, en especial por los recursos limitados con los que cuenta la Corte. Aunque el artículo 53 del Estatuto antes comentado da ciertos criterios, es en realidad potestativo del Fiscal decidir qué investigaciones inicia y, una vez iniciadas cuáles casos llevará a juicio. Para dar mayor claridad sobre este aspecto se dictó en 2016 el Documento de Política sobre selección y priorización de casos (*Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*).

Este documento fue un paso muy importante para la Fiscalía. Entre otros aspectos introduce el concepto de un documento de selección de casos, que busca mapear los posibles casos en todas las situaciones en las que la Fiscalía pretende enfocarse y, por lo tanto, no solo ayuda con la priorización, sino también con las estrategias de finalización de los mismos. También establece principios generales y criterios legales con respecto a la selección de situaciones y casos que, aunque en abstracto sean fácilmente aceptables, conllevan una serie de cuestiones de interpretación polémica y delicada.

Igualmente, sugiere criterios de priorización de casos entre los seleccionados como potenciales al inicio de la investigación. En teoría esto no implica que no se van a investigar todos los casos, pero lo más probable es que, dados los recursos limitados de la Corte, el escenario realista sea que la priorización, implique *de facto*, un segundo filtro de selección. Esto muestra que la selección y la priorización no son conceptos separados sino interrelacionados.

La potestad de selección de situaciones y casos, aunque con ciertos parámetros sigue siendo una potestad discrecional del Fiscal, de allí que estas directrices estén hechas para dar mayor transparencia a dicha selección, y que sirvan de guía al Fiscal al momento del ejercicio de esta facultad neurálgica para el éxito de la actividad de la Corte.

De allí que la primera innovación es la creación del Documento de Selección de Casos (*Case selection document*) que identifica en términos generales los casos potenciales en todas las situaciones. Al momento de iniciar una investigación, la Fiscalía incluirá los posibles casos que surjan en este Documento. Inicialmente, el Documento de Selección de Casos se basará en las conclusiones de la etapa de examen preliminar, incluyendo los casos potenciales identificados en esa etapa.³³³

Este es un documento dinámico que se irá actualizando en la medida en que avance la investigación. La Fiscalía seleccionará los casos para su investigación y enjuiciamiento entre las hipótesis de casos provisionales identificadas. Teniendo en cuenta que normalmente habrá numerosos casos que cumplan estos criterios en cualquier situación o en varias situaciones diferentes, el Documento de selección

³³³ *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, ICC-OTP, 15 de septiembre de 2016, párr. 10.

de casos también se utilizará para priorizar los casos, tanto dentro de una situación determinada como entre situaciones, para gestionar la carga de trabajo general de la Fiscalía.³³⁴

Cabe destacar que el Documento de Selección de Casos, por su propia naturaleza, será confidencial. Sin embargo, una vez que una persona ha sido arrestada o se ha presentado voluntariamente ante el Tribunal, la Fiscalía incluirá como parte de sus actividades de información pública su justificación para presentar el caso para el enjuiciamiento a la luz de este documento.³³⁵

La Fiscalía para la selección y priorización de casos debe guiarse por los principios generales de independencia, imparcialidad y objetividad.³³⁶ El artículo 42 del Estatuto establece que la Fiscalía actuará con independencia de las instrucciones de cualquier fuente externa.³³⁷ Ahora bien, la independencia va más allá de no actuar según instrucciones externas, sino que no debe ser influenciada o alterada por éstas. Un elemento complicado si tomamos en cuenta la naturaleza política de la mayoría de situaciones en las que está involucrada la Corte.

El principio de imparcialidad, que se deriva de los artículos 21.3 y 42.7 del Estatuto, significa que la Fiscalía aplicará métodos y criterios coherentes independientemente de los Estados, partes, personas o grupos involucrados. Ahora bien, sobre este aspecto en el Documento de Política sobre selección y priorización de casos la Fiscalía aclara que la imparcialidad no significa equivalencia de culpa dentro de una situación. En consecuencia, no buscará crear la apariencia de paridad dentro de una situación entre partes rivales, seleccionando casos que de otro modo no cumplirían con los criterios establecidos en este documento.³³⁸

Con respecto al principio de objetividad la Fiscalía seleccionará y procesará los casos solo si la información y las pruebas disponibles o accesibles, incluso tras la investigación, pueden justificar razonablemente la selección de un caso. Esto implica, según el artículo 54.1 a) del Estatuto, que investigará tanto las

³³⁴ *Ibidem*, párr. 11.

³³⁵ *Ibidem*, párr. 14.

³³⁶ *Ibidem*, párr. 17.

³³⁷ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Art. 42.

³³⁸ *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, ICC-OTP, 15 de septiembre de 2016, párr. 20.

circunstancias incriminatorias como las eximentes, a fin de establecer la veracidad de los hechos.³³⁹ Esto debe leerse en conjunto con los artículos 34.1 y 35.4 del Reglamento de la Fiscalía que establecen que, cualquier hipótesis provisional de un caso debe incluir tanto circunstancias incriminatorias como las que tengan potencial de exonerar.³⁴⁰

Con respecto a los criterios legales, la Fiscalía debe confirmar que los casos seleccionados para investigación y enjuiciamiento sean de la competencia de la Corte; admisibles en términos de complementariedad y gravedad; y, que no sean contrarios al interés de la justicia. Sin embargo, la selección de casos para investigación dentro de una situación existente no debe confundirse con la decisión de iniciar una investigación sobre una situación en su conjunto.

Estos criterios han sido desarrollados en el Documento de Política sobre análisis preliminar y se aplican de forma análoga para los casos. En cuanto a la jurisdicción, se debe verificar el nexo de territorialidad o nacionalidad excepto en los casos derivados de situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad, tal como ya ha sido estudiado.

Por su parte la admisibilidad requiere una evaluación de la complementariedad y la gravedad en relación con un caso específico. En relación con la complementariedad, la Fiscalía determinará si algún Estado está ejerciendo su competencia en relación con la misma persona por la misma conducta que sea alegada ante la Corte, y de ser así, si el proceso nacional de que se trate se encuentra viciado por una falta de voluntad o incapacidad para investigar o enjuiciar genuinamente, como se desprende del Art. 17 del Estatuto.

Con respecto a los factores que guían la evaluación de la gravedad se incluyen consideraciones tanto cuantitativas como cualitativas, relacionadas con la escala, la naturaleza, la forma de comisión y el impacto de los crímenes.

Ahora bien, en lo que se refiere al interés de la justicia el Documento sobre selección y priorización de casos no toma una posición específica, sólo menciona

³³⁹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor 1º de julio de 2002, Art. 54.1 a).

³⁴⁰ Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor el 23 de abril de 2009, Regla 34 Identificación de hipótesis de caso y Regla 35 Planificación de actividades de investigación.

que las consideraciones relativas al interés de la justicia seguirán siendo evaluadas caso por caso por la Fiscalía en el ejercicio de la discreción del Fiscal sobre la selección de casos, y que, como se establece en el Documento de política de la sobre los intereses de la justicia, entre otros, los intereses de las víctimas incluyen que se haga justicia, pero también otros intereses esenciales como su protección, que la Corte en su conjunto está obligada a respetar y garantizar de conformidad con el artículo 68.1 del Estatuto.³⁴¹

Con respecto a los criterios específicos de selección de casos la Fiscalía tomará en consideración la gravedad de los delitos, el grado de responsabilidad de los presuntos autores y los posibles cargos. El peso que se le dé a cada criterio dependerá de los hechos y circunstancias de cada caso y de cada situación, y de la etapa de desarrollo de la hipótesis e investigación del caso. En este sentido el Documento de Selección de Casos se revisará a medida que avancen las investigaciones, aplicando los mismos criterios de selección de casos.

La gravedad de los delitos como criterio de selección de casos se evalúa de manera similar a la gravedad como factor de admisibilidad en virtud del artículo 17. Sin embargo, dado que muchos casos podrían ser admisibles en virtud del artículo 17, la Fiscalía puede aplicar un criterio más estricto.³⁴² Como se estipula en el artículo 29.2) del Reglamento de la Fiscalía, los factores que guían la evaluación de la gravedad incluyen la escala, la naturaleza, la forma de comisión y el impacto de los delitos.³⁴³

La escala de los delitos puede evaluarse a la luz, entre otras cosas, del número de víctimas directas e indirectas, el alcance del daño causado por los delitos, en particular el daño físico o psicológico causado a las víctimas y sus familias, y sus difusión geográfica o temporal (alta intensidad de los delitos durante un breve período o baja intensidad de los delitos durante un período prolongado). La naturaleza de los delitos se refiere a los elementos fácticos específicos de cada delito, tales como asesinatos, violaciones, otros delitos sexuales o de género, delitos

³⁴¹ *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, ICC-OTP, 15 de septiembre de 2016, párr. 33.

³⁴² *Ibidem*, párr. 37.

³⁴³ Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor el 23 de abril de 2009, Regla 29 Inicio de una investigación o enjuiciamiento.

cometidos contra niños o que los afectan, persecución o imposición de condiciones de vida a un grupo calculado para su destrucción.³⁴⁴

La forma de comisión de los crímenes puede evaluarse a la luz, entre otras cosas, de los medios empleados para ejecutar el crimen, la medida en que los crímenes fueron sistemáticos o resultaron de un plan o política organizada o resultaron de otro modo del abuso de poder o capacidad oficial, la existencia de elementos de especial crueldad, incluida la vulnerabilidad de las víctimas, los motivos de discriminación de los autores directos de los delitos, el uso de la violación u otro tipo de violencia sexual o de género o delitos cometidos mediante, o que resulte en la destrucción del medio ambiente o de los objetos protegidos.³⁴⁵

El impacto de los crímenes puede evaluarse a la luz, entre otras cosas, de la mayor vulnerabilidad de las víctimas, el terror que posteriormente se infundió o el daño social, económico y ambiental infligido a las comunidades afectadas. En este contexto, la Fiscalía prestará especial atención a la persecución de los delitos cometidos en virtud del Estatuto de Roma por medio de la destrucción del medio ambiente, la explotación ilegal de recursos naturales o el despojo ilegal de tierras.³⁴⁶

Con respecto al grado de responsabilidad de los presuntos autores el artículo 34.1 del Reglamento de la Fiscalía instruye a este órgano para que lleve a cabo sus investigaciones para asegurar que se presenten cargos contra las personas que parecen ser las principales responsables de los delitos identificados.³⁴⁷ Cabe destacar que como ya se mencionó *supra* esto ha sido matizado en el Plan Estratégico de la Fiscalía (2019-2021) dirigiéndose también a niveles medios.

Para realizar una investigación objetiva y abierta, la Fiscalía se centrará primero en la base del delito para identificar las organizaciones (incluidas sus estructuras) y las personas presuntamente responsables de la comisión de los delitos. Eso puede implicar la necesidad de considerar la investigación y el enjuiciamiento de un número limitado de perpetradores de nivel medio y alto para,

³⁴⁴ *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, ICC-OTP, 15 de septiembre de 2016, párrs. 38 y 39.

³⁴⁵ *Ibidem*, párr. 40.

³⁴⁶ *Ibidem*, párr. 41.

³⁴⁷ Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor el 23 de abril de 2009, Regla 34 Identificación de hipótesis de caso.

en última instancia, sentar las bases probatorias de los casos contra los principales responsables. La Fiscalía también puede decidir enjuiciar perpetradores de nivel inferior cuando su conducta ha sido particularmente grave o notoria.³⁴⁸

El grado de responsabilidad de los presuntos autores también se tomará en consideración al definir los cargos. Ahora bien, el Documento sobre selección y priorización de casos resalta que la Fiscalía también considerará los efectos disuasorios y expresivos que puede conllevar cada modalidad de responsabilidad.³⁴⁹ Esto confirma lo que se comentó *supra* sobre los objetivos que en teoría cumple la Corte.

También es importante recordar que este documento fue publicado en 2016, aún bajo la concepción del plan estratégico 2016-2018 en donde se continuaba la línea seguida hasta ese momento por la Fiscalía de centrarse sobre todo en figuras de alto rango. Cabe destacar que, esta visión a su vez se ve reforzada por el texto de los artículos 27 (improcedencia del cargo oficial) y 28 (Responsabilidad de los jefes y otros superiores) del Estatuto de Roma.

Por último, con respecto a la priorización de casos, en principio la meta de las Fiscalía es investigar todos los casos que fueron listados en el documento de selección de casos, y, en teoría el proceso de priorización está encaminado a determinar el orden en el que se procederá con éstos. Pero como se mencionó al principio, esta selección es posible que *de facto* termine funcionando como un segundo filtro.

La priorización de casos se deriva de lo establecido en el artículo 54.1 b) del Estatuto, según el cual el Fiscal adoptará las medidas adecuadas para garantizar la investigación y el enjuiciamiento efectivos de los crímenes competencia de la Corte. Tiene en cuenta las realidades prácticas a las que se enfrenta la Fiscalía en su trabajo, incluido el número de casos que puede investigar y enjuiciar durante un período determinado con los recursos de que dispone. En consecuencia, sobre la base de la información y las pruebas, así como del entorno operativo en un

³⁴⁸ *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, ICC-OTP, 15 de septiembre de 2016, párr. 42.

³⁴⁹ *Ibidem*, párr. 44.

momento dado, la Fiscalía deberá priorizar entre los casos seleccionados dentro de una situación y entre las diversas situaciones.

Para la priorización de casos, la Fiscalía tomará en consideración los siguientes criterios estratégicos de priorización de casos:³⁵⁰

a) una evaluación comparativa entre los casos seleccionados, basada en los mismos factores que guían la selección de casos;

b) si una persona, o miembros del mismo grupo, ya han sido objeto de investigación o enjuiciamiento por la Fiscalía o por un Estado por otro delito grave;

c) el impacto de las investigaciones y enjuiciamientos sobre las víctimas de los delitos y las comunidades afectadas;

d) el impacto de las investigaciones y enjuiciamientos sobre la criminalidad en curso y/o su contribución a la prevención de delitos; y

e) el impacto y la capacidad de la Fiscalía para perseguir casos que involucren a partes opuestas en un conflicto en forma paralela o secuencial.

La Fiscalía también tomará en consideración los siguientes criterios operativos de priorización de casos, para garantizar que ésta se concentre en los casos en los que parezca que puede realizar una investigación eficaz y exitosa que conduzca a un enjuiciamiento con una perspectiva razonable de condena. Si bien estas consideraciones suelen surgir en todas las actividades de la Fiscalía y, habitualmente requieren la adopción de medidas para mitigar y gestionar su efecto, los criterios que figuran a continuación se utilizarán para evaluar la viabilidad operativa de manera relativa en casos seleccionados:³⁵¹

a) la cantidad y calidad de las pruebas incriminatorias y/o de exoneración que ya se encuentran en posesión de la Fiscalía, así como la disponibilidad de pruebas adicionales y cualquier riesgo de degradación;

b) cooperación internacional y asistencia judicial para apoyar las actividades de la Fiscalía;

c) su capacidad para realizar de manera efectiva las investigaciones necesarias dentro de un período de tiempo razonable, incluida la situación de

³⁵⁰ *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, ICC-OTP, 15 de septiembre de 2016, párr. 50.

³⁵¹ *Ibidem*, párr. 51.

seguridad en el área donde la Fiscalía planea operar o donde residen las personas que cooperan con ésta, y la capacidad de la Corte para proteger a las personas de los riesgos que puedan surgir de su interacción con esta institución; y

d) la posibilidad de asegurar la comparecencia de los sospechosos ante la Corte, ya sea mediante arresto y entrega o mediante orden de comparecencia.

Los criterios de priorización de casos estratégicos y operativos anteriores no están en orden jerárquico entre sí. El peso específico que se dará a cada criterio individual dependerá de las circunstancias de cada caso.

Si bien no existe una jerarquía entre los criterios estratégicos y operativos de priorización de casos, se puede inferir que el ejercicio de priorización se guía básicamente por consideraciones prácticas (cantidad y calidad de las pruebas, naturaleza de cooperación para apoyar la Fiscalía, etc.), mientras que las consideraciones más normativas (evaluación comparativa entre casos seleccionados, impacto) juegan un papel secundario.

La aplicación concreta de cualquier criterio (selección o priorización) es siempre específica de la situación y del caso, es decir, la decisión final de selección o priorización no puede determinarse con precisión mediante criterios abstractos; permanece en manos del Fiscal, que goza de discreción sujeta a una revisión judicial limitada. En particular, se ha reconocido que la Fiscalía goza de un grado bastante amplio de flexibilidad con respecto a la selección de casos (actos, incidentes, personas) dentro de una investigación autorizada de una determinada situación.

En cualquier caso, el desarrollo de criterios abstractos y la mayor transparencia posible en el proceso de selección no hará que este proceso sea inmune a las críticas; de hecho, es fácil criticar cualquier elección de fiscal como política o sesgada por otras razones, pero solo ayuda a explicar mejor las decisiones respectivas.

3. Creación de un órgano subsidiario por la Asamblea de Estados partes

Como se planteó en la sección anterior la Fiscalía ha diseñado una serie de lineamientos basados en las disposiciones del Estatuto, su Reglamento y la práctica

para la selección y priorización de casos. Sin embargo, esto no deja de ser una facultad discrecional del Fiscal. Asimismo, algunos de estos criterios están vinculados con aspectos políticos como la cooperación de los Estados, en especial en lo relativo a la detención y comparecencia de sospechosos ante la Corte o la seguridad en el terreno para realizar investigaciones.

Sobre este aspecto, de conformidad con el Art.112.2 f) del Estatuto de Roma la Asamblea de Estados parte considerará, de conformidad con los párrafos 5 y 7 del artículo 87, cualquier cuestión relacionada con la falta de cooperación. La Asamblea de Estados Partes es un órgano compuesto por representantes de los Estados parte del Estatuto de Roma y tiene una función administrativa y de supervisión de los órganos de la Corte.

Ahora bien, como se ha planteado a lo largo de este capítulo los crímenes de la competencia de la Corte se enmarcan en situaciones complejas, normalmente en el marco de un conflicto armado interno o internacional que sin duda inciden en las funciones de la Fiscalía y en todo su procedimiento. Aunque la Fiscalía tiene una guía de actuación como la antes descrita el éxito final de su actividad está íntimamente ligada con la cooperación de los Estados.

Por esta razón, se propone que exista un órgano político consultivo de apoyo a la Fiscalía, que esté adscrito a la Asamblea de Estados Partes, que pueda servir de puente entre la función judicial de la Fiscalía y la cooperación necesaria de los Estados, y que pueda tomar en cuenta el contexto en el que se desarrollan los crímenes que van a ser investigados y pueda sopesar los elementos no judiciales, que como hemos desarrollado a lo largo de este capítulo no deben ser ajenos a la actividad de la Fiscalía.

En el artículo 112 del ER se establece la creación de la Asamblea de Estados Partes, así como la posibilidad de que la misma cree órganos subsidiarios para contribuir al buen funcionamiento de la Corte:

1. Se instituye una Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto. Cada Estado Parte tendrá un representante en la Asamblea que podrá hacerse acompañar de suplentes y asesores. Otros Estados

signatarios del presente Estatuto o del Acta Final podrán participar en la Asamblea a título de observadores.

(...)

4. La Asamblea podrá establecer los órganos subsidiarios que considere necesarios, incluido un mecanismo de supervisión independiente que se encargará de la inspección, la evaluación y la investigación de la Corte a fin de mejorar su eficiencia y economía.

Asimismo, el Reglamento de la Asamblea de Estados partes, reafirma esta potestad en su Art. 83:

Artículo 83 Establecimiento de órganos subsidiarios

La Asamblea podrá establecer los órganos subsidiarios que considere necesarios, incluido un mecanismo de supervisión independiente que se encargará de la inspección, la evaluación y la investigación de la Corte a fin de mejorar su eficiencia y economía.

Sobre esta base se creó el 26 de noviembre de 2009 un mecanismo de supervisión independiente. El Mecanismo comenzó a funcionar a finales de octubre de 2015 con el nombramiento de su primer Jefe de Oficina permanente y tiene por finalidad asegurar la supervisión significativa de la Corte mediante la realización de investigaciones administrativas internas independientes, evaluaciones, e inspecciones, a fin de mejorar su eficiencia y economía.

Este órgano está enfocado en dar apoyo a las estructuras disciplinarias de la Corte ya existentes, en las investigaciones correspondientes a las faltas de conducta y velará por la supervisión eficiente y significativa de las mismas. Las funciones del mecanismo de supervisión independiente reemplazan la función de investigación de la Presidencia en relación con las denuncias recibidas contra los funcionarios elegidos, a saber, los magistrados, el Fiscal, un fiscal adjunto, el Secretario y el secretario adjunto.³⁵²

Hasta la fecha este es el único órgano subsidiario que ha creado la Asamblea,

³⁵² ICC-ASP/8/Res.1 Establecimiento de un mecanismo de supervisión independiente. Aprobada por consenso en la séptima sesión plenaria el 26 de noviembre de 2009

que responde a la posibilidad dada en la segunda parte del Art. 112.4 del Estatuto antes citado. Como se desprende del texto antes transcrito, en realidad se incluyó como un adicional la creación de un mecanismo independiente de supervisión, pero no está limitado sólo a este, por lo que queda abierta la posibilidad de creación de otro tipo de órganos subsidiarios. La Asamblea tiene una amplia discreción en este aspecto, ya que no hay un límite en las funciones que deben tener los órganos que creen.

Si tomamos en consideración que la Asamblea de Estados Partes está formada por los Estados de los cuales necesita la Corte su cooperación para ser efectiva en su actuación, que a su vez son a quienes les concierne las investigaciones de la Fiscalía, es el punto medio que puede permitir una compatibilización entre la función judicial de la Corte y los contextos políticos en los que se desarrollan los crímenes que va a investigar.

Con este mecanismo se evitaría además cualquier crítica a la independencia y objetividad de la función judicial de la Corte y se resolvería el cuestionamiento sobre si el Fiscal debe evaluar aspectos que no son meramente judiciales. A su vez esto permitiría una cooperación más fluida del Estado o Estados involucrados, ya que daría un margen de maniobra mayor para la implementación de soluciones multifacéticas a los conflictos.

CONCLUSIONES

La Corte Penal Internacional es una institución de gran relevancia que ha marcado un antes y un después en el derecho penal internacional como instrumento para combatir los crímenes de mayor trascendencia para humanidad y evitar la impunidad. A su vez es una institución única, de naturaleza dual, que se espera complemente e impulse a las jurisdicciones nacionales a tomar responsabilidad primaria y que replantea las relaciones de las organizaciones internacionales con las Naciones Unidas, pero en especial con el Consejo de Seguridad.

Su estructura responde a su naturaleza dual antes mencionada, pero además garantiza que el proceso se lleve con las debidas garantías procesales y que la actividad del Fiscal esté siempre supervisada para garantizar su imparcialidad e independencia en los procesos. En especial tomando en consideración que los crímenes de su competencia están relacionados con conflictos en su mayoría de origen político. De allí la importancia de su relación con el Consejo de Seguridad.

En la Conferencia de Roma, donde se estableció la Corte Penal Internacional, uno de los puntos neurálgicos de la discusión fue el papel del Consejo de Seguridad en el funcionamiento de esta institución, debido a la interrelación entre la actividad y funciones de ambos órganos y a la diferencia en su naturaleza. Por esto se establecieron la potestad de suspensión de una investigación o juicio y la potestad de remisión de situaciones sin nexo jurisdiccional con la Corte.

Con respecto a la facultad de suspensión, su ejercicio puede afectar de modo directo y negativo al desarrollo del proceso y a la propia función investigadora del Fiscal y a la función jurisdiccional de la Corte. Aspectos tales como la preservación de pruebas o de testigos, en casos en donde el Consejo de Seguridad pueda solicitar información, o por ejemplo las implicaciones en derechos del acusado como el de ser juzgado sin dilaciones indebidas, o el mantenimiento de la detención mientras el juicio esté detenido, la cual podría considerarse arbitraria, no han sido tomados en consideración.

Como se ha evidenciado en esta investigación, esta potestad, derivada del Art. 16 del Estatuto no ha cumplido con el objeto y el propósito con el cual se diseñó este artículo. Con esta disposición se buscaba encontrar el tan discutido balance

entre los procesos de paz y los de administración de justicia. Más allá de la consigna deseable de que no hay paz sin justicia, en la práctica esto es mucho más difícil de ejecutar y pueden existir casos en los que estos intereses puedan colisionar.

Para evitar esto, y tomando en consideración que los crímenes de competencia de la Corte se desarrollan en contextos que serán considerados por el Consejo de Seguridad como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, se incluyó esta disposición para evitar dicha colisión. Pero como se ha demostrado, el Consejo sólo la ha usado para diseñar una inmunidad selectiva para miembros de misiones de paz nacionales de Estados que no son miembros de Estatuto. Por otro lado, no ha respondido a las peticiones hechas por diferentes Estados en situaciones que se podrían considerar que están dentro del contexto del contenido de este artículo.

Esta situación es aún más contradictoria cuando se observa que se menciona en las resoluciones de remisión, con lo cual puede interpretarse que el Consejo sigue dirigiendo su interpretación y uso de esta disposición como una posible forma de proteger los intereses de países que no son parte del Estatuto y que no están dispuestos a permitir que sus nacionales sean juzgados por la Corte en contextos donde esta tendría jurisdicción, en este caso específico en los países cuyas situaciones se remitieron y en los cuales además, se enviaron misiones de mantenimiento de paz.

Con respecto a la facultad de remisión, uno de los aspectos más problemáticos no es el procedimiento para su ejercicio, sino el alcance del mismo que depende de la interpretación que use para justificar el fundamento de su existencia: el Estatuto de Roma o los poderes del Consejo de Seguridad establecidos en la Carta de Naciones Unidas para el cumplimiento de su objetivo principal: el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

El recurso a la potestad de remisión que sólo ha sido usado en dos ocasiones, también queda vacío de contenido si los países no están dispuestos a cooperar, inclusive el propio Consejo de Seguridad. Nos encontramos situaciones como las del Libia en donde incluso no es suficiente una intención de cooperar. El contexto político y social derivado de los conflictos en ese país desde 2011, no han

creado las condiciones para tal fin. Incluso vemos como los recientes acontecimientos políticos en Sudán son los que han dado luz a un posible avance en esta situación, que en caso contrario seguiría estancada.

Recordemos que esto fue lo que llevo a la Fiscal a la suspensión de la investigación en Sudán, ya que, si a la falta de cooperación le sumamos los obstáculos presupuestarios que enfrenta la Corte para realizar este tipo de investigaciones, no queda sino seleccionar aquellas situaciones en donde el uso de los recursos pueda ser mejor aprovechado para su éxito.

La cooperación es neurálgica para el funcionamiento de la Corte, y en especial la del propio Consejo de Seguridad en las situaciones remitidas por éste. La Corte carece de un órgano ejecutivo para hacer valer sus órdenes de arresto, esto sin contar el tema jurisdiccional. Si el propio Consejo no establece mecanismos para que los países cumplan con sus resoluciones y cooperen con la Corte, menos autoridad aún tiene ésta para compeler a un Estado que no es parte del Estatuto a cumplir una obligación que inicialmente no adquirió.

Se plantea que es más productivo para la Corte trabajar con Estados que están efectivamente dispuestos a cooperar con su actividad para garantizar la eficacia de su funcionamiento. Las remisiones del Consejo de situaciones en Estados que no son parte, que no están obligados y que no están dispuestos a cooperar, dificulta aún más este trabajo vaciándolo de contenido y mermando la legitimidad y eficacia de la Corte como institución judicial internacional.

Recordemos que esto no significa que la Corte no tenga que tratar eventualmente con Estados que no son partes, ya que el nexo jurisdiccional que se pide para la activación de su jurisdicción es que el crimen sea cometido o en el territorio de un Estado parte o por el nacional de un Estado parte, pero no ambos. Por lo que puede tratar con nacionales de Estados no parte que hayan cometido delitos en el territorio de Estados partes o por el contrario nacionales de Estados parte cometiendo crímenes competencia de la Corte en el territorio de un Estado que no es parte en el Estatuto.

Pero en las situaciones descritas anteriormente siempre habrá un estado vinculado con la Corte del cual puede recibir cooperación, ya sea el Estado de la nacionalidad o el Estado territorial correspondiente.

Como puede observarse, hasta la fecha el ejercicio por parte del Consejo de Seguridad de estas facultades no ha cumplido los objetivos para los que se concedieron. La potestad de remisión no ha tenido ningún efecto disuasorio ni de restablecimiento de la paz en las situaciones de Darfur y Libia, respectivamente. En el caso de la potestad de suspensión -la más importante para el balance paz-justicia- no ha sido realmente usada en los términos establecidos en el Estatuto, por el contrario, se ha intentado usar como instrumento de inmunidad selectiva para los miembros de misiones de paz, nacionales de países que no son parte del Estatuto de Roma.

Reforzando el aspecto antes mencionado sobre la necesidad de cooperación, al realizarse el análisis cuantitativo de la actividad de la Fiscalía se pudo evidenciar que este órgano ha sido más efectivo en el procesamiento de casos que derivan de remisiones de Estados Parte. La mayoría de los casos decididos con sentencia de culpabilidad, después de apelación son provenientes de situaciones remitidas por Estados parte.

Esto es una clara evidencia que la cooperación de los Estados con la Corte a lo largo del proceso desde la remisión de la situación es un elemento fundamental para la culminación exitosa de un caso, si tomamos como parámetro una declaratoria de culpabilidad.

Con esto se pudo comprobar la hipótesis central según la cual el Fiscal de la Corte Penal Internacional debería asumir un rol determinante e independiente del Consejo de Seguridad en escenarios donde exista contradicción entre la aplicación de justicia y el mantenimiento de la paz, a través de la aplicación de medios alternativos que permitan atender de dichos casos con eficiencia y prontitud acordes a la naturaleza del caso.

Por otro lado, aunque se comprobó que no ha habido efectividad de la Fiscalía en los casos derivados de remisiones del Consejo de Seguridad, también es cierto que ha habido en el camino inconvenientes con los casos que derivan de

situaciones iniciadas *motu proprio*, aunque han avanzado mucho más que los derivados del Consejo de Seguridad. Por lo que una de las hipótesis específicas, en la cual se planteaba que la Oficina de la Fiscalía ha sido más efectiva en el tratamiento de las situaciones remitidas por los Estados, y las iniciadas de oficio que en las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad, se comprobó parcialmente ya que la efectividad en las situaciones iniciadas *motu proprio* no es la misma que las iniciadas por remisiones de los Estados parte.

Esto no anula, sin embargo, la posibilidad de que sea la Fiscalía quien asuma, con otro matiz las potestades del Consejo de Seguridad establecidas en el Estatuto tomando con punto de referencia las propias disposiciones del Estatuto y partiendo desde una perspectiva diferente de la concepción de justicia penal internacional.

El concepto de justicia global debería ser más amplio que el concepto de justicia retributiva en el marco de un tribunal penal internacional, ya que debería incluir o tomar en consideración mecanismos alternativos a la justicia penal tradicional, en especial si tomamos en cuenta que estamos hablando de aplicación de justicia en el contexto de la comisión de los crímenes de mayor trascendencia para la humanidad, en situaciones de conflictos armados, en donde se requiere soluciones multifacéticas para la reconstrucción de esa sociedad.

En este sentido, aunque la Corte Penal Internacional es un tribunal, por los crímenes bajo su competencia no debería quedar ajena al contexto en el que se desarrollan, de lo contrario, el trabajo de la Corte queda en el vacío y tampoco podría cumplir con los objetivos que en teoría tiene o debería cumplir la justicia internacional.

Por lo antes mencionado, los mecanismos alternativos a la justicia penal tradicional son un complemento necesario para la justicia en su sentido más amplio y para llegar al objetivo de la reconstrucción de las sociedades post-conflicto, permitiendo además la consolidación de una paz efectiva y duradera, y no sólo a su sentido negativo como ausencia de guerra. La Corte Penal Internacional, como tribunal, pero además como organización internacional universal tiene la posibilidad de moldear estos conceptos y avanzar en el desarrollo de una nueva visión y misión

de la justicia penal internacional.

Desde la normativa vigente, la Corte puede operacionalizar estos presupuestos, primero a través del filtro de la admisibilidad establecido en el Art. 17 del Estatuto de Roma, considerando mecanismos diferentes a los tribunales penales como una forma efectiva de acción por parte del Estado involucrado, y de esta forma dar prioridad al Estado en consonancia con el principio de complementariedad que rige la actividad de la Corte, así como un papel más activo a través de la complementariedad positiva, priorizando que los estados cumplan con su responsabilidad primaria de perseguir estos crímenes.

De todo lo anteriormente planteado puede evidenciarse que se ha cumplido el objetivo planteado de proponer y justificar un nuevo rol para el Fiscal de la Corte Penal Internacional *vis-à-vis* las potestades del Consejo de Seguridad establecidas en el Estatuto de Roma a los fines de coadyuvar a la obtención de una institución de justicia global.

Ahora bien, si no se tomara esto en consideración o dichos mecanismos alternativos no cumplieran con un mínimo de requisitos para garantizar su certeza y funcionalidad, la Fiscalía conserva la facultad discrecional de no iniciar una investigación o enjuiciamiento si considerara que este no redundaría en interés de la justicia en el marco de lo establecido en el Art. 53 del Estatuto de Roma.

Si bien el concepto de interés de la justicia no se ha definido de una forma concreta, y hasta ahora su interpretación por la Fiscalía ha sido restringida, esto no impide que se le dé una interpretación más amplia que permita al Fiscal un margen de maniobra mayor para tomar en cuenta elementos del contexto en el que se desarrollan los crímenes que investiga, y tomar en consideración por esta vía mecanismos alternativos de solución de controversias.

Asimismo, la ausencia sobre un pronunciamiento específico sobre este punto en el Documento de Política sobre selección y priorización de casos, que sólo se limita a citar el criterio del Documento de política sobre el interés de la justicia deja abierta la posibilidad de considerar este elemento para decidir no investigar o no llevar un caso a juicio, y más en el marco de la nueva estrategia de la Fiscalía de ampliar el abanico de posibles responsables.

Por esta razón, y a los fines de minimizar la crítica a la actividad judicial de la Corte por una posible falta de independencia u objetividad se propone la creación de un órgano subsidiario de la Asamblea de Estados Parte que sirva de apoyo a la Fiscalía para la evaluación de los aspectos políticos que puedan involucrar a una situación. Esto no descarta este rol más activo del Fiscal en los términos de la consideración de otros elementos al momento de desempeñar sus funciones y que permita la creación y la aplicación de un concepto real de justicia global.

PROPUESTAS

1) Agregar en la agenda de discusión de la Asamblea de Estados Partes una posible reforma del Estatuto de Roma, a los fines de la modificación de las funciones de la Fiscalía con respecto a la remisión de situaciones sin nexo jurisdiccional con la Corte y la posibilidad de suspensión de investigaciones y juicios. Esta reforma implicaría que se supriman las potestades de suspensión y de remisión de situaciones otorgadas al Consejo de Seguridad en el Estatuto de Roma, establecidas en los Arts. 16 y 13 b) y sean otorgadas al Fiscal, dentro del Art 15.

Esto implicaría que en la potestad de iniciar investigaciones *motu proprio* se agregue la excepción establecida en el Art 12.2 de Estatuto para las remisiones del Consejo de Seguridad, es decir, que no sea necesario un vínculo de territorialidad o nacionalidad para iniciar investigaciones o casos. Asimismo, que sea agregada en este artículo la posibilidad de solicitar a la Corte la suspensión de una investigación o juicio. Esta último también podría darse a través de una modificación del Art. 53 ampliando el margen del Fiscal para decidir no investigar o no proceder con un caso.

2) Establecer mecanismos de fortalecimiento de la cooperación de los Estados parte del Estatuto de Roma con la Corte Penal Internacional, promoviendo no sólo las remisiones propias sino la cooperación con las situaciones iniciadas de oficio por la Fiscalía. Esto implicaría el diseño por parte de la Asamblea de Estados Parte de normas modelo para incluir en las legislaciones de los Estados parte del Estatuto relativas a la cooperación de los órganos del Estado con las misiones de investigación de la Fiscalía, incluyéndose los temas de inmunidad de sus miembros, forma y tiempo de transmisión de información de los órganos del Estado involucrados a la Fiscalía, custodia y entrega de pruebas, así como lo referido a la detención, custodia y entrega de imputados.

3) Modificar el Documento de política sobre el interés de la justicia a los fines de ampliar los factores a tomar en consideración para decidir no investigar por esta causa, que permita al Fiscal un margen de maniobra mayor para tomar en cuenta elementos del contexto en el que se desarrollan los crímenes que investiga, y tomar en consideración por esta vía mecanismos alternativos de solución de

controversias.

En el Documento no existe una definición específica, sólo se mencionan las características para el ejercicio de esta facultad discrecional por el Fiscal y es la excepcionalidad, una presunción a favor del inicio de investigaciones o casos, y tomar en cuenta el objetivo y propósito del Estatuto. Luego los criterios son la gravedad del crimen, el interés de las víctimas y las circunstancias del acusado. Finalmente, el Documento habla de otras consideraciones entre las que incluye otros mecanismos de justicia, pero los menciona como estrategia complementaria y limita su posible consideración por el Fiscal como un potencial factor para no investigar o abrir un caso.

La Corte Penal Internacional, como tribunal, pero además como organización internacional universal tiene la posibilidad de moldear estos conceptos y avanzar en el desarrollo de una nueva visión y misión de la justicia penal internacional. Igualmente, entre las otras consideraciones se encuentran los procesos de paz, pero al mismo tiempo hace la salvedad que la Corte es un órgano encargado de impartir justicia y no de mantener la paz, cuando éstas no son excluyentes y el contexto en el que se desarrollan los crímenes de competencia de la Corte también tienen impacto en si es factible investigar o no y llevar a cabo exitosamente un proceso penal. En este sentido, para despejar dudas sobre este aspecto se propone:

4) Crear un órgano político consultivo de apoyo a la Fiscalía, que esté adscrito a la Asamblea de Estados Partes, que pueda servir de puente entre la función judicial de la Fiscalía y la cooperación necesaria de los Estados, y que pueda tomar en cuenta el contexto en el que se desarrollan los crímenes que van a ser investigados y pueda sopesar los elementos no judiciales, que como hemos desarrollado a lo largo de esta investigación no deben ser ajenos a la actividad de la Fiscalía.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y artículos

- Abass, Ademola, "The Competence of the Security Council to terminate the Jurisdiction of the International Criminal Court", *Texas International Law Journal*, Vol. 40, Nº 2, 2005, pp 263-297.
- Abass, Ademola, "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction", *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 349-385.
- Akande, Dapo, "The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non parties: Legal basis and Limits", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, pp. 618-650.
- Akande, Dapo, "The International Court of Justice and the Security Council: Is there room for judicial control of decisions of the political organs of the United Nations?", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, 1997, pp. 309-343.
- Aksar, Yusuf, *Implementing international humanitarian law. From the ad hoc tribunals to a permanent International Criminal Court*, London and New York, Routledge, 2004.
- Arbour, Louise y Bergsmo, Morten, "Conspicuous absence of jurisdictional overreach" en von Hebel *et al.*, (Eds.) *Reflections on the International Criminal Court: Essays in honour of Adriaan Bos*, The Hague, Cambridge, T.M.C. Asser Press, Kluwer Law International, 1999.
- Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2013.
- Baylis, Elena A., *Cosmopolitan Pluralist Hybrid Tribunals* (April 30, 2019). Forthcoming, *The Oxford Research Handbook on Global Legal Pluralism* (2019), U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2019-11, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3395543>
- Bensouda, Fatou, "Reflections from the International Criminal Court Prosecutor", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 45, 2012, pp. 505-511.
- Bergsmo, Morten, "Occasional remarks on certain state concerns about the

- jurisdictional reach of the International Criminal Court, and their possible implications for the relationship between the Court and the Security Council”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 69, 2000, pp. 87-113.
- Bergsmo, Morten, “The jurisdictional regime of the International Criminal Court (Part II, Articles 11-19)”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6, Iss. 4, 1998, pp. 29-47.
- Bergsmo, Morten y Harhoff, Frederik, “Article 42 The Office of The Prosecutor”, en Triffterer, Otto y Ambos, Kai (Eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court -Observers' Notes, Article by Article*, 2ª Ed., Alemania, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008.
- Bergsmo, Morten y Kruger, Pieter, “Article 54 Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations”, en Triffterer, Otto y Ambos, Kai (Eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article*, 2ª Ed., Alemania, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008.
- Blokker, Niels, “The crime of aggression and the UN Security Council”, *Leiden Journal of International Law*, Volume 20, Issue 4, December 2007, pp. 867-894.
- Blome, Kerstin y Markard, Nora, "Contested Collisions: Conditions for a Successful Collision Management – the Example of Article 16 of the Rome Statute," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29, no. 2, 2016, pp. 551-575.
- Blumenson, Eric, “The Challenge of a Global Standard of Justice: Peace, Pluralism and Punishment at the International Criminal Court”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 44, 2006, pp. 801-874.
- Bollo Arocena, María Dolores, “La adopción de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas”, *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Vol. XX, 2004, pp. 375-408.
- Bos, Adriaan, “Assembly of States Parties”, en Cassese, Antonio et al., *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary*, Vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2002.

- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7^a Ed., Oxford University Press, 2008.
- Canizzaro, Enzo, "Machiavellian moment? The UN Security Council and the rule of law", *International Organizations Law Review*, N° 3, 2006, pp. 189–224.
- Cardona Llorens, Jorge, "La Corte Penal Internacional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales", en Gómez Colomer, Juan Luis *et al.*, (Coords), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.
- Cassese, Antonio, "The Statute of the International Criminal Court: some preliminary reflections", *European Journal of International Law*, Vol. 10, N° 1, 1999, pp. 144-171.
- Chinkin, Christine, *Third parties in international law*, Oxford: Clarendon Press, 1993.
- Clark, Roger, "Negotiating provisions defining the crime of aggression, its elements and the conditions for ICC exercise of jurisdiction over it", *European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 4, 2009, pp. 1103–1115.
- Clark, Roger, "Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010", *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, No. 2, 2010, pp. 689-711.
- Clark, Roger, "The Review Conference on the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, Uganda, 31 May-11 June 2010", *Australian International Law Journal*, Vol. 16, 2009, pp. 9-27.
- Colangelo, Anthony J. "A Systems Theory of Fragmentation and Harmonization", *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 49, N° 1, 2016, pp. 1-61.
- Condorelli, Luigi y Ciampi, Annalisa, "Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, N° 3, 2005, p. 590-599.
- Condorelli, Luigi y Villalpando, Santiago, "Referral and Deferral by the Security Council", en Cassese, Antonio *et al.*, *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary*, Vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2002.

- Cryer, Robert, "Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, N° 1, 2006, pp. 195-222.
- Danilenko, Gennady, "The Statute of the International Criminal Court and Third States", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3, 2000, pp. 445-494.
- deGuzman, Margaret M., Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court (March 2, 2012). *Michigan Journal of International Law*, Forthcoming; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2011-16. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1780446>.
- De Souza Dias, Talita, "'Interests of Justice': Defining the Scope of Prosecutorial Discretion in Article 53 (1)(C) and (2)(C) of the Rome Statute of the International Criminal Court", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30, N° 3, 2017, pp. 731-751.
- De Souza Dias, Talita y Akande, Dapo, "When Should the ICC Prosecutor Defer Investigations or Prosecutions in Situations of Active Armed Conflict in Favor of Peace Negotiations?", *Individualization of War Project, European University Institute, Policy Brief*, 2019.
- De Wet, Erika, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2004.
- De Wet, Erika, "Human rights limitations to economic enforcement measures under article 41 of the United Nations Charter and the iraqi sanctions regime", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, Iss. 2, 2001, pp. 277–300.
- Dinstein, Yoram, "The Interaction between Customary International Law and Treaties", *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 322, 2006, pp. 247-427.
- El Zeidy, Mohamed, "The United States dropped the atomic bomb of article 16 of the ICC Statute: Security Council power of deferrals and resolution 1422", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 2002, pp.1503-1544.
- Elberling, Bjorn, "The *Ultra Vires* character of legislative action by the Security Council", *International Organizations Law Review*, Vol. 2, Iss. 2, 2005, pp. 337-360.

- Escobar Hernandez, Concepción, “Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas”, en Escobar Hernandez, Concepción (Ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid, Escuela Diplomática, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y relaciones Internacionales, Boletín Oficial del Estado, 2000.
- Escudero Espinosa, Juan Francisco, *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad. Hacia la paz por la justicia*, Madrid, Editorial Dilex, 2004.
- Fassbender, Bardo, “Quis judicabit? The Security Council, its powers and its legal control”, *European Journal of International Law*, Vol. 11, N° 1, 2000, pp. 219-232.
- Fletcher, George y Ohlin, Jens David, “The ICC - Two Courts in One?”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, N° 3, 2006, pp. 428-433.
- Galbraith, Jean, “The Pace of International Criminal Justice”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 31, N° 1, 2009, pp. 79-154.
- Glasius, Marlies, “What is Global Justice and Who Decides? Civil Society and Victim Responses to the International Criminal Court’s First Investigations”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, 2009, pp. 496–520.
- Gowlland-Debbas, Vera, *The Relationship between the Security Council and ICC*, 2001, <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/164/28588.htm>.
- Gowlland-Debbas, Vera, “Security Council enforcement action and issues of state responsibility”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, Iss. 1, 1994, pp. 55-98.
- Greenawalt, Alexander K. A., Justice Without Politics? Prosecutorial Discretion and the International Criminal Court. *NYU Journal of International Law and Politics*, Vol. 39, p. 583, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=960311>
- Hansen, Thomas Obel, The Policy Paper on Preliminary Examinations: Ending Impunity Through 'Positive Complementarity'? (March 22, 2017). *Transitional Justice Institute Research Paper No. 17-01*, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2939139>
- Hernandez, Gleider, “The judicialization of international law: reflections on the empirical turn”, *European Journal of International Law*, Vol. 25, No. 3, 2014, pp.

919-934.

Heinsch, Robert, "The crime of aggression after Kampala: Success or burden for the future?", *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, No. 2, 2010, pp. 713-743.

Hinojosa Martinez, Luis, "Bad law for good reasons: The contradictions of the *Kadi* Judgment", *International Organizations Law Review*, Vol. 5, Iss.2, 2008, pp. 339-357.

Holvoet, Mathias y de Hert, Paul, "International Criminal Law as Global Law: An Assessment of the Hybrid Tribunals", *Tilburg Law Review*, Vol. 17, N° 2, 2012, pp. 228-240.

Human Rights Watch, 2010, *Making Kampala Count. Advancing the Global Fight against Impunity at the ICC Review Conference*, HRW.

Jain, Neha, "A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 2, 2005, p. 239-254.

Johansson, Patrik, "The Humdrum Use of Ultimate Authority: Defining and Analysing Chapter VII Resolutions", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 78, 2009, pp. 309–342.

Katshung, Yav, The relationship between the International Criminal Court and Truth Commissions: Some thoughts on how to build a bridge across retributive and restorative justice,

http://www.iccnw.org/documents/InterestofJustice_JosephYav_May05.pdf

Keller, Linda, "Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 23, 2008, pp. 209-279.

Knottnerus, Abel, "The Security Council and the International Criminal Court: The Unsolved Puzzle of Article 16", *Netherlands International Law Review*, Vol. 61, no. 2, 2014, pp.195-224.

Koskenniemi, Martti, "The police in the temple. order, justice and the UN: A dialectical view", *European Journal of International Law*, Vol. 6, 1995, pp. 325-348.

Kourabas, Michael, "A Vienna Convention interpretation of the 'Interests of Justice'

- provision of the Rome Statute, the legality of domestic amnesty agreements, and the situation in Northern Uganda: a "Great Qualitative Step Forward," or a normative retreat?', *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, Vol. 14, N° 1, 2007, pp. 59-93.
- KREß, Claus y Prost, Kimberly, "Article 98 Cooperation with Respect to Waiver of Immunity and Consent to Surrender" en Triffterer, Otto (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court -Observers' Notes, Article by Article*, 2ª ed., Alemania: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008.
- Ku, Julian and Nzelibe, Jide, Do International Criminal Tribunals Deter or Exacerbate Humanitarian Atrocities?. Washington University Law Quarterly, Vol. 84, 2007; Hofstra University Legal Studies Research Paper No. 06-27; Northwestern Public Law Research Paper No. 931567; Northwestern Law & Econ Research Paper No. 931567. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=931567>.
- López-Jacoiste Díaz, Eugenia, "La Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la intervención de la Corte Penal Internacional en la crisis de Darfur: ¡A la Sexta va la vencida!", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LVII, N° 1, 2005.
- Luban, David, "Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law", en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 569-588.
- Macdonald, Ronald St. John, "Changing relations between the International Court of Justice and the Security Council of the United Nations", *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 31, 1994, pp. 3-32.
- MacPherson, Bryan, "Authority of the Security Council to Exempt Peacekeepers from International Criminal Court Proceedings", *ASIL Insights*, Julio, 2002, <http://www.asil.org/insigh89.cfm>
- Mahnoush H. Arsanjani, "The Rome Statute of the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, 1999, pp. 22-43.
- Martenczuc, Bernd, "The Security Council, the International Court and judicial review: what lessons from Lockerbie?", *European Journal of International Law*,

- Vol. 10, Nº 3, 1999, pp. 517-547.
- Mendes, Errol, *Peace and justice at the International Criminal Court. A court of last resort*, Edward Edgar Publishing, 2010.
- Minow, Martha, "Do Alternative Justice Mechanisms Deserve Recognition in International Criminal Law: Truth Commissions, Amnesties, and Complementarity at the International Criminal Court", *Harvard International Law Journal*, Volume 60, Number 1, Winter 2019, pp. 1-45.
- Nanzer, Alberto, "Disclosure e integridad procesal en el Caso Lubanga. El respeto de las reglas procesales y la fundamentación del derecho penal internacional" en Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Steiner, Christian (eds.) *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*, Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- Obura, Ken, "The Security Council and the International Criminal Court: When Can the Security Council Defer a Case", *Strathmore Law Journal*, Junio 2015, pp. 118-140.
- Oko, Okechukwu, "The Challenges of International Criminal Prosecutions in Africa", *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, Nº 2, 2007, pp. 343-414.
- Olásolo, Héctor, *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- Paulus, Andreas, "Peace through justice? The future of the crime of aggression in a time of crisis", *The Wayne Law Review*, Vol. 50, No. 1, spring 2004, pp. 1-35.
- Petculescu, Ioana, "The review of the United Nations Security Council decisions by the International Court of Justice", *Netherlands International Law Review*, Vol. 52, Iss. 2, 2005, pp. 167-196.
- Quesada Alcalá, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- Ratner, Steven, "The International Criminal Court and the limits of global judicialization", *Texas International Law Journal*, Vol. 38, 2003, pp. 445-454.
- Remiro Brotóns, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, Editorial Tirant Lo Blanch: Valencia, 2007.
- Santos Vara, Juan, "El control judicial de la ejecución de las sanciones antiterroristas

- del Consejo de Seguridad en la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 15, 2008.
- Schabas, William, *An introduction to the International Criminal Court*, 4a ed, Cambridge University Press, 2011.
- Schaeffer, Robert, “The audacity of compromise: The UN Security Council and the pre-conditions to the exercise of jurisdiction by the ICC with regard to the crime of aggression”, *International Criminal Law Review*, Vol. 9, Issue 2, 2009, pp. 411-433.
- Scheffer, David, “The United States and the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, Vol. 93, Nº1, 1999, pp. 12-22.
- Schiff Berman, Paul, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Stahn, Carsten, “The ambiguities of Security Council resolution 1422 (2002)”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, 2003, pp. 85-104.
- Tomuschat, Christian, “Obligations arising for States without or against their will”, *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 24, 1993.
- Triponel, Anna y Williams, Paul, “The Clash of the Titans: Justice and Realpolitik in Libya”, *American University International Law Review*, Vol. 28, No. 3, 2013, pp. 775 – 834.
- Turner, Jenia Iontcheva, Pluralism in International Criminal Procedure (March 28, 2018). Oxford Handbook of Criminal Process (Darryl K. Brown, Jenia I. Turner, and Bettina Weisser, eds.) (2018 Forthcoming), SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 398, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3151849>
- Vallarta Marrón, José Luis, “La incorporación del crimen de agresión en el Estatuto de La Corte Penal Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 2011, pp. 435-461.
- Weller, Marc, “Undoing the Global Constitution: UN Security Council Action on the International Criminal Court”, *International Affairs*, Vol. 78, Nº 4, 2002, pp. 693-712.
- White, Nigel y Cryer, Robert, “The ICC and the Security Council: An Uncomfortable

- Relationship» en Doria, José, *et al.*, *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden - Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Williams, Sharon. y Schabas, William, “Article 13. Exercise of Jurisdiction” en Triffterer, Otto (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court -Observers' Notes, Article by Article-*, 2ª ed., Alemania: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008.
- Wood, Michael, “Second Lecture: The Security Council’s Powers and their Limits,” held at the Lauterpacht Center for International Law, University of Cambridge, 7th – 9th November 2006, Herss Lauterpacht Memorial Lectures 2006, p. 21, https://www.lcil.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.lcil.law.cam.ac.uk/Image/Publications/2006_hersch_lecture_2.pdf
- Wouters, Jan y Chan, Kenneth, “Policies, Not Politics: The Pursuit of Justice in Prosecutorial Strategy at the International Criminal Court”, Julio 2012. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2274766> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2274766>
- Yee, Lionel, “The International Criminal Court and the Security Council: Articles 13 (b) and 16”, en Roy, Lee (Ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.
- Zappalà, Salvatore, “The Reaction of the US to the entry into Force of the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, pp. 114-134.
- Zemanek, Karl, “The legal foundations of the international system”, *Recueil des Cours*, Tomo 266, 1997, pp. 9-336.

Tratados y documentos internacionales

- Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute, ICC-01/11-01/11-640, 05 June 2018.

Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11-130-Red, 03 May 2012.

Application on behalf of the Government of Libya relating to Abdullah Al-Senussi pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11-307-Red2, 02 April 2013.

Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", ICC-02/05-01/09-73, 03 February 2010.

Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi", ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014.

Assembly procedures relating to non-cooperation, ICC-ASP/10/Res.5 as amended by ICC-ASP/11/Res.8, annex I and ICC-ASP/17/Res.5, annex II.

Carta de fecha 4 de octubre de 2004 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, S/2004/812, de fecha 11 de octubre de 2004.

Carta de las Naciones Unidas, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945.

Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales.

Consejo de Seguridad, 4568ª sesión, miércoles 10 de julio de 2002, New York, S/PV.4568.

Consejo de Seguridad, 4772ª sesión, jueves 12 de junio de 2003, New York, S/PV.4772.

Consejo de Seguridad, 5158ª sesión, jueves 31 de marzo de 2005, New York, S/PV.5158.

Consejo de Seguridad, 6491ª sesión, sábado 26 de febrero de 2011, New York, S/PV.6491

Convención Americana sobre Derechos Humanos, entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, entrada en vigor el 4 de noviembre de 1950.

CS Res. 1420 de fecha 30 de junio de 2002 sobre la situación en Bosnia y Herzegovina.

CS Res. 1421 de fecha 3 de julio de 2002 sobre la situación en Bosnia y Herzegovina

CS Res. 1593 de fecha 31 de marzo de 2005.

CS Res. 1970 de fecha 26 de febrero de 2011.

Decision on the "Prosecution's Application for Leave to Appeal the 'Decision on the Confirmation of Charges'" ICC-02/05-02/09-267, 23 April 2010, Pre-Trial Chamber I.

Decision on the Report of the Commission on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Tribunal (ICC) – Doc. Assembly/AU/13 (XIII), Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1.

Decision on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court Doc.EX.CL/639(XVIII), Assembly/AU/ Dec.334(XVI).

Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33.

Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, ICC-OTP 2013.

Eighteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), de fecha 11 de diciembre de 2013

Eleventh Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant To UNSCR 1970 (2011), de fecha 26 de mayo de 2016.

Estatuto de la Corte Penal Internacional, entrada en vigor el 1º de julio de 2002.

Fifteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1970 (2011), de fecha 9 de mayo de 2018.

Fifth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), de fecha 7 de junio de 2007.

Fifth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), de fecha 8 de mayo de 2013.

Fourteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1970 (2011), de fecha 8 de noviembre de 2017.

ICC-ASP/8/Res.1 Establecimiento de un mecanismo de supervisión independiente. Aprobada por consenso en la séptima sesión plenaria el 26 de noviembre de 2009

Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004, S/2005/60.

Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, Sexto período de sesiones, 13 de diciembre de 2007, ICC-ASP/6/SWGCA/1.

Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17 OA4, 5 March 2020.

Modelo de Acuerdo sobre el estatuto de las Fuerzas para Operaciones de Naciones Unidas de Mantenimiento de la Paz (Doc. A/45/594 de 9 de octubre de 1990).

Nineteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), de fecha 23 de junio 2014.

Octavo Informe del Fiscal de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1593 (2005) del Consejo De Seguridad, de fecha 3 de diciembre de 2008.

Office of the Prosecutor, *Policy Paper on the Interests of Justice*, September 2007 (ICC-OTP-2007).

Office of the Prosecutor & Defence, Joint Submission by the Office of the Prosecutor and the Defence Regarding the Contested Issues at the Trial of the Accused Persons, ICC-02/05-03/09-148, 16 May 2011.

Office of the Prosecutor, Prosecution Request for an Order to Libya to Refrain from Executing Saif Al-Islam Gaddafi, Immediately Surrender Him to the Court, and Report His Death Sentence to the United Nations Security Council, ICC-01/11-01/11-611, 30 July 2015.

Office of the Prosecutor, Public Redacted Version of Prosecution request for a finding on the non-cooperation of the Government of the Sudan in the case of The Prosecutor v Ahmad Harun and Ali Kushayb, pursuant to Article 87 of the Rome Statute, ICC-02/05-01/20-55-Red, 19 April 2010.

Orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Nº ICC-02/05-01/09, de fecha 4 de marzo de 2009, Sala de cuestiones Preliminares I, CPI.

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, ICC-OTP, 15 September 2016.

Pre-Trial Chamber I, Decision informing the United Nations Security Council about the lack of cooperation by the Republic of Sudan, Prosecutor v. Ahmed Harun and Ali Kushayb, ICC-02/05-01/07-57, 25 May 2010.

Pre-Trial Chamber I, Decision on the Conduct of the Proceedings following the "Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute" ICC-01/11-01/11-641, 14 June 2018.

Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red, 13 March 2011.

Pre-Trial Chamber II, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, ICC-01/09-02/11-96, 31 May 2011.

Pre-Trial Chamber I, Decision on the non-compliance by Libya with requests for cooperation by the Court and referring the matter to the United Nations Security Council, ICC-01/11-01/11-577-ENG, 10 December 2014.

Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, ICC-02/05-02/09-1, 07 May 2009.

Pre-Trial Chamber I, Public Redacted Version - Decision on the Confirmation of Charges, ICC-02/05-02/09-243-Red, 08 February 2010.

Pre-Trial Chamber I, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-95, 12 July 2010.

Pre-Trial Chamber I, Second Warrant of Arrest, ICC-01/11-01/17-13, 04 July 2018.

Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest, ICC-01/11-01/17-2, 15 August 2017.

Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Ahmad Harun, ICC-02/05-01/07-2, 28 April 2007.

Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Abdel Raheem Muhammad Hussein, ICC-02/05-01/12-2, 01 March 2012.

Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-1, 04 March 2009.

Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Al-Tuhamy Mohamed Khaled with under seal and ex parte Annex, ICC-01/11-01/13-1, 18 April 2013.

Pre-Trial Chamber II, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09-195, 09 April 2014.

Pre-Trial Chamber II, Decision on the non-compliance by the Republic of Djibouti with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute, ICC-02/05 01/09-266-ENG, 11 July 2016.

Pre-Trial Chamber II, Decision on the non-compliance by the Republic of Uganda with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute , ICC-02/05 01/09-267-ENG, 11 July 2016.

Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33, 12 April 2019.

Pre-Trial Chamber II, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender or Omar Al-Bashir, ICC-02/05-01/09 -309-ENG, 11 December 2017.

Primer Informe del Fiscal de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de Conformidad con la Resolución 1970 (2011) del Consejo, 3 de mayo de 2011

Reglas de Procedimiento y Prueba en Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (ICC-ASP/1/3 y Corr. 1), parte II.A.

Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor el 23 de abril de 2009.

Regulations of the Trust Fund for Victims Resolution, ICC-ASP/4/Res.3 Adopted at the 4th plenary meeting on 3 December 2005.

Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya, Human Rights Council Seventeenth session Agenda item 4 Human rights situation that require the Council's attention (A/HRC/17/44).

Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mr. Luis Moreno Ocampo, to the Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), de fecha 29 de junio de 2005.

Report of the Registrar on action taken in respect of information received relating to travels by Mr Omar Al-Bashir to States not party to the Rome Statute between 7 April 2017 and 6 March 2018.

Report of the Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice, 23rd August, 2004, S/2004/616.

Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), presented 3 may 1993, UN Doc. S/25704.

Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15, ICC-02/17-7-Conf-Exp (public redacted version registered on the same day, ICC-02/17-7-Red).

Resolución RC/Res. 6, Aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, Anexo I Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión.

Resolución RC/Res. 6, Aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, Anexo III Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión.

Response to Prosecution's 'Request for an Order to Libya to Refrain from Executing Saif Al-Islam Gaddafi, Immediately Surrender Him to the Court, and Report His Death Sentence to the United Nations Security Council', ICC-01/11-01/11-612, 20 August 2015

Reunión oficiosa entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, Quinto período de sesiones, 5 de septiembre de 2006, ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1.

S/PV.4563, Security Council, 4563rd meeting Sunday, 30 June 2002, 5 p.m. New York.

Seventh Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), 12 de mayo de 2014.

Situation in Darfur (Sudan): Ali Kushayb is in ICC custody, Press Release :9 June 2020, ICC-CPI-20200609-PR1525.

Sixth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), 5 de diciembre 2007.

Sixteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011), de fecha 02 de noviembre de 2018

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, to the United Nations Security Council on the situation in Libya, pursuant to UNSCR 1970 (2011), de fecha 14 de noviembre de 2013.

Strategic Plan of the Office of the Prosecutor 2019-2021, ICC – OTP, 17 July 2019.

Texto negociado del proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, Resolución ICC-ASP/3/Res.1, aprobada por consenso en la tercera sesión plenaria, celebrada el 7 de septiembre de 2004, entrada en vigor el 4 de octubre de 2004.

Third Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), de fecha 14 de junio 2006.

Trial Chamber IV, Public redacted Decision terminating the proceedings against Mr Jerbo, ICC-02/05-03/09-512-Red, 04 October 2013.

Trial Chamber IV, Warrant of arrest for Abdallah Banda Abakaer Nourain, ICC-02/05-03/09-606, 11 September 2014.

Twenty-Eighth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), 14 de diciembre de 2018.

Twenty-Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), de fecha 13 de diciembre de 2016.

The Office of the Prosecutor, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013.

The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination activities, 13 de diciembre de 2011.

The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination activities 2012, noviembre de 2012.

The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination activities 2019, 5 de diciembre de 2019

Undécimo Informe del Fiscal de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1593 (2005) del Consejo, de fecha de 2010.

Jurisprudencia

Case T-306/01 *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, Court of First Instance, 21 September 2005, [2005] ECR II-3533.

Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*, Court of First Instance, 21 September 2005, [2005] ECR II-3649, 45 ILM 81 (2006).

Efectos de los Fallos del Tribunal administrativo de las Naciones Unidas en los que se fija indemnizaciones, Opinión consultiva del 13 de julio de 1954, CIJ.

Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, European Court of Justice, 3 September 2008, 47 ILM 923 (2008).

Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 02 de octubre de 1995, ICTY (Appeals Chamber).

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998.

Sitios web

ICC Prosecutor to open an investigation in Libya, Statement: 02.03.2011 ver en <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=statement%20020311> (última consulta 20/11/21)

<https://www.icc-cpi.int/pages/pe.aspx> (última consulta 20/11/21)

<https://www.icc-cpi.int/about/presidency> (última consulta 20/11/21)

<https://peacekeeping.un.org/en/how-we-are-funded> (última consulta 19/10/20)

https://elpais.com/internacional/2019/04/11/actualidad/1554966659_518048.html?rel=listaapoy (última consulta 19/10/20)

https://elpais.com/internacional/2019/12/14/actualidad/1576320544_912764.html (última consulta 19/10/20)

<https://www.dw.com/es/sud%C3%A1n-entregar%C3%A1-al-expresidente-omar-al-bashir-a-la-corte-penal-internacional/a-58833600> (última consulta 20/11/21)

V. ANEXOS

ANEXO A

CUESTIONARIO PARA ANALIZAR LOS EXAMENES PRILIMINARES CONCLUIDOS POR LA FISCALÍA E INVESTIGACIONES ABIERTAS

Código de identificación: _____

1) Mecanismo de remisión

- 1. CONSEJO DE SEGURIDAD _____
- 2. ESTADO PARTE _____
- 3. COMUNICACIONES AL FISCAL _____

2) Año de remisión

- 1. 2002 a 2005 _____
- 2. 2006 a 2010 _____
- 3. 2011 a 2015 _____
- 4. 2016 a 2020 _____

3) Región

- 1. AFRICA _____
- 2. ASIA-PACÍFICO _____
- 3. EUROPA DEL ESTE _____
- 4. AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE _____
- 5. EUROPA OCCIDENTAL Y OTROS ESTADOS _____

4) ¿Se decidió abrir una investigación?

- 1. SI _____ 2. NO _____ 3. NO APLICA _____

5) ¿La SCP autorizó a la Fiscalía a abrir una investigación?

- 1. SI _____ 2. NO _____ 3. NO APLICA _____

6) Causa por la que no se abrió una investigación

- 1. COMPETENCIA _____
- 2. ADMISIBILIDAD _____
- 3. GRAVEDAD _____
- 4. INTERÉS DE LA JUSTICIA _____

5.NO APLICA _____

7) Causa por la que no se autorizó a la Fiscalía a abrir una investigación

1.COMPETENCIA_____

2.ADMISIBILIDAD_____

3.GRAVEDAD_____

4.INTERÉS DE LA JUSTICIA_____

5.NO APLICA _____

8) ¿Hubo solicitud de reconsideración por parte de la SCP a la Fiscalía en las situaciones donde se decidió no investigar?

1.SI_____ 2.NO_____ 3.NO APLICA_____

9) Tiempo transcurrido entre el inicio del examen preliminar y la decisión de no investigar

1.ENTRE 1 mes Y 1 AÑO_____

2.ENTRE 13 meses Y 2 AÑOS_____

3.ENTRE 25 meses Y 3 AÑOS_____

4.ENTRE 37 meses Y 4 AÑOS_____

5.MÁS DE 4 AÑOS_____

6.NO APLICA_____

10) Tiempo transcurrido entre el inicio del examen preliminar y la decisión de investigar

1.ENTRE 1 mes Y 1 AÑO_____

2.ENTRE 13 meses Y 2 AÑOS_____

3.ENTRE 25 meses Y 3 AÑOS_____

4.ENTRE 37 meses Y 4 AÑOS_____

5.MÁS DE 4 AÑOS_____

6.NO APLICA_____

11) ¿Se decidió proceder con un enjuiciamiento?

1.SI_____ 2.NO_____ 3.NO SE HA DECIDIDO_____ 4.NO APLICA_____

12) En el caso que se haya decidido no proceder con un enjuiciamiento ¿Cuál fue la causa?

1.NO EXISTE UNA BASE SUFICIENTE DE HECHO O DE DERECHO PARA PEDIR UNA ORDEN DE DETENCIÓN O DE COMPARECENCIA_____

2.LA CAUSA ES INADMISIBLE_____

3.EL ENJUICIAMIENTO NO REDUNDARÍA EN INTERÉS DE LA JUSTICIA_____

4.NO APLICA_____

13) Tiempo transcurrido entre el inicio de la investigación y la decisión de abrir un caso

1.ENTRE 1 mes Y 1 AÑO_____

2.ENTRE 13 meses Y 2 AÑOS_____

3.ENTRE 25 meses Y 3 AÑOS_____

4.ENTRE 37 meses Y 4 AÑOS_____

5.MÁS DE 4 AÑOS_____

6.NO APLICA_____

ANEXO B

CUESTIONARIO PARA ANALIZAR LOS CASOS ABIERTOS POR LA FISCALÍA

Código de identificación: (Nombre del caso)

1) Situación de origen

- 1.DRC____
- 2.UGANDA____
- 3.DARFUR____
- 4.CAR I____
- 5.KENYA ____
- 6.LIBYA____
- 7.COSTA DE MARFIL____
- 8.MALI____
- 9.CAR II____

2) Mecanismo de remisión

- 1.CONSEJO DE SEGURIDAD ____
- 2.ESTADO PARTE____
- 3.COMUNICACIONES AL FISCAL____

3) ¿Se solicitó una orden(es) de arresto o una orden(es) de comparecencia?

- 1.ARRESTO____
- 2.COMPARECENCIA____

4) ¿Cuántas órdenes se han emitido? ____

5) ¿Qué tipo de crímenes se imputan?

- 1.CRÍMENES DE GUERRA____
- 2.CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD____
- 3.GENOCIDIO____
- 4.CRÍMEN DE AGRESIÓN____
- 5.DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA____

6) Número de acusados____

7) Tiempo que transcurrió entre la orden de arresto o comparecencia y el arresto o comparecencia

- 1.ENTRE 1 Y 6 MESES_____
- 2.ENTRE 7 Y 12 MESES_____
- 3.ENTRE 13 Y 18 MESES_____
- 4.ENTRE 19 Y 24 MESES_____
- 5.MÁS DE 25 MESES_____
- 6.A LA FUGA_____
- 7.NO APLICA_____

8) Tiempo que transcurrió entre el arresto o comparecencia y la audiencia de confirmación de cargos

- 1.ENTRE 1 Y 6 MESES_____
- 2.ENTRE 7 Y 12 MESES_____
- 3.ENTRE 13 Y 18 MESES_____
- 4.ENTRE 19 Y 24 MESES_____
- 5.MÁS DE 25 MESES_____
- 6.NO APLICA_____

Observaciones:

9) ¿Se confirmaron los cargos?

- 1.SI_____ 2.NO_____ 3.PARCIALMENTE_____ 4.NO APLICA_____

10) ¿Hubo apelación del Fiscal sobre la no confirmación o confirmación parcial de cargos?

- 1.SI_____ 2.NO_____ 3.NO APLICA_____

11) Tiempo transcurrido entre el inicio del juicio y la sentencia

- 1.Menos de 1 año_____
- 2.Entre 13 meses y 2 años_____
- 3.Entre 25 meses y 4 años_____
- 4.Más de 4 años_____
- 5.EN CURSO_____
- 6.NO APLICA_____

12) ¿Hubo declaratoria de culpabilidad

- 1.SI_____ 2.NO_____ 3.NO APLICA_____

13) ¿Qué tipo de penas se impusieron?

1.LA RECLUSIÓN POR UN NÚMERO DETERMINADO DE AÑOS QUE NO EXCEDA DE 30 AÑOS_____

2.LA RECLUSIÓN A PERPETUIDAD_____

3.UNA MULTA_____

4.EL DECOMISO DEL PRODUCTO, LOS BIENES Y LOS HABERES PROCEDENTES DIRECTA O INDIRECTAMENTE DE DICHO CRIMEN, SIN PERJUICIO DE LOS DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE_____

5.NO APLICA_____

Art. 78 ER criterios para imponer las penas – Regla 145 Imposición de penas (RPP)

14) ¿Se apeló la decisión?

1.SI_____ 2.NO_____ 3.NO APLICA_____

15) ¿Quién solicitó la apelación?

1.EL FISCAL_____ 2.EL ACUSADO_____ 3.NO APLICA_____

16) ¿La apelación confirmó la sentencia?

1.SI___2.NO___3.PARCIALMENTE___4.NO APLICA___5. EN CURSO_____

17) Tiempo transcurrido entre la solicitud de apelación y la decisión

1.ENTRE 1 Y 6 MESES_____

2.ENTRE 7 Y 12 MESES_____

3.ENTRE 13 Y 18 MESES_____

4.ENTRE 19 Y 24 MESES_____

5.MÁS DE 25 MESES_____

6.NO APLICA_____