

Con tales presupuestos está justificada la protección penal no sólo de intereses individuales sino también de intereses colectivos generales y sectoriales que contribuyen a la afirmación de los derechos humanos

y del Estado social y democrático de Derecho. Los derechos humanos se erigen en fundamento y, a la vez, en límite de las intervenciones del legislador en materia penal.

Doctrina

Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?

Kai Ambos e Ignaz Stegmiller

Revista Penal, n.º 32. - Julio 2013

Ficha técnica

Autores: Kai Ambos e Ignaz Stegmiller

Adscripción institucional: Kai Ambos es Catedrático de derecho penal, procedimiento penal, derecho comparado y derecho penal internacional en la Georg-August-Universität de Göttingen (Alemania) y Juez del Tribunal provincial (*Landgericht*) de la misma ciudad. Ignaz Stegmiller realizó su doctorado bajo la tutoría del Prof. Ambos en la Universidad de Göttingen, durante la primavera del año 2009 fue investigador visitante en la Universidad de Yale, trabajó en Cambodia para la Agencia Alemana de Cooperación Internacional - GIZ.

Sumario: I. Introducción. II. Estrategia de selección ante la CPI. III. Investigaciones focalizadas. IV. Complementariedad positiva. V. Consideración de los intereses de las víctimas. VI. Maximización del impacto: Desarrollando una estrategia coherente ante la CPI

Abstract The authors analyze the so far published selection and strategy papers of the Office of the Prosecutor ("OTP") of the International Criminal Court ("ICC") with a view to their consistency, coherence and comprehensiveness. Given the high number of communications and referrals to the ICC a focused strategy setting out the criteria for situation and case selection and prioritization should be one of the priorities of the Prosecutor. Thus far the Office has developed a strategic framework guided by four fundamental principles: focused investigations, positive complementarity, the interests of the victims and the impact of the OTP's work. These four principles are critically evaluated by the authors in light of the ICC Statute and existing case law. In particular the positive complementarity approach, focusing on the cooperation with national jurisdictions and enhancing their own capacity to prosecute, is to be welcomed and reflects a realistic prosecutorial policy approach. The cooperation between the OTP and Germany in the prosecution of the leadership of the FDLR is a good case in point. Only such a close interaction with national jurisdictions enables the ICC to contribute to the further closing of the impunity gap. Yet, the OTP must still more precisely define its position with regard to the criteria used for the selection of situations and cases. Thus, a priority for the new Prosecutor should be the drafting of a more precise and comprehensive strategy, integrating the already existing policy and strategy papers as well as drawing on lessons learned.

Key Words: ICC-OTP, prosecutorial strategy, situation selection, case selection, preliminary examinations, positive complementarity

Resumen: Los autores analizan la consistencia, coherencia y alcance de los documentos de política y estrategia publicados hasta el momento por la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI), denominados *policy and strategy papers*. Teniendo en cuenta el gran número de comunicaciones y referencias que recibe la CPI, debe ser una prioridad de la Fiscalía el diseño de una estrategia orientada por criterios de selección y priorización de casos y situaciones. Hasta el momento la Fiscalía ha desarrollado un marco estratégico guiado por cuatro principios fundamentales: investigaciones focalizadas, complementariedad positiva, intereses de las víctimas e impacto de su trabajo. Estos cuatro principios son analizados críticamente por los autores a la luz del Estatuto de la CPI ("Estatuto de Roma") y de la jurisprudencia desarrollada a nivel internacional hasta la fecha. En particular los autores resaltan, que el principio de complementariedad

positiva, el cual se centra en la cooperación con las jurisdicciones nacionales y el mejoramiento de sus propias capacidades de investigación y juzgamiento, se puede convertir en un instrumento importante, ya que refleja una política realista de persecución penal. La cooperación entre la Fiscalía de la CPI y Alemania en la persecución de los líderes del FDLR (*Forces Démocratiques de Libération du Rwanda*) es un buen ejemplo de ello. Sólo la interacción estrecha con jurisdicciones nacionales puede permitirle a la CPI contribuir para cerrar la brecha de impunidad. En todo caso, la Fiscalía debe definir con mayor precisión su posición con relación a la selección de situaciones y de casos. Por esta razón, el diseño de una estrategia más concreta y comprensiva, en la que se integren los documentos de política y estrategia que ya existen con lecciones aprendidas, debe ser una prioridad para el nuevo Fiscal.

Palabras clave: Fiscalía Corte Penal Internacional, estrategia de persecución penal, selección de situaciones, selección de casos, investigación preliminar, complementariedad positiva.

Observaciones: Los autores agradecen al Dr. Rod Rastan (Fiscalía de la CPI), al Prof. Robert Cryer y a la Dra. Marianne Wade (ambos de Birmingham) por sus muy útiles y productivos comentarios. Una versión en inglés "*Prosecuting international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?*" ha sido publicada en la revista *Crime, Law and Social Change* 58 (2012), 391-413. Traducción (corregida y revisada) al español por Gustavo Emilio Cote Barco, estudiante de LL.M. y doctorado de la Georg-August-Universität-Göttingen; revisión parcial por Kai Ambos.

Recepción del artículo: 01-02-2013

Evaluación favorable: 07-03-2013

I. INTRODUCCIÓN

La selección y priorización de los casos que deben ser juzgados ante la Corte Penal Internacional es necesaria y legítima si se tienen en cuenta sus limitaciones prácticas de capacidad y que su objetivo es sancionar "los crímenes más serios" y a los "más responsables". Sin embargo, esta situación puede conducir al descrédito de la Corte si no se desarrolla de manera adecuada, es decir, de forma transparente y racional. La selección de los acusados es compleja y se encuentra precedida esencialmente por dos pasos fundamentales: La selección de situaciones, es decir de "lugares" en los que posiblemente han sido perpetrados crímenes de competencia de la Corte, y la subsecuente extracción de casos (incluyendo uno o más perpetradores) de dichas situaciones¹. Adicionalmente se debe diferenciar entre el proceso de selección de la Oficina del Fiscal (en adelante la Oficina o la Fiscalía) y el —últimamente muy criticado— proceso de remisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CS), el cual hasta el

momento sólo ha sido invocado con relación a Estados que no son parte del Estatuto de Roma (ER) - Darfur, Sudan y Libia. Normalmente la CPI sólo tiene jurisdicción en casos en donde el acusado es nacional de un Estado parte o cuando el supuesto crimen ha tenido lugar en el territorio de un Estado parte². En todo caso, otros escenarios pueden ser remitidos por el CS. La decisión de si se remite o no una situación que se ha desarrollado en un Estado no parte —y por lo tanto de no someterla a la jurisdicción de la Corte— depende de consideraciones eminentemente políticas del CS. La CPI no tiene injerencia en esta decisión y únicamente puede analizar la situación a la luz del Estatuto, una vez ésta le ha sido remitida, para decidir si abre o no una investigación formal.

En el presente texto se analiza entonces en primer lugar la selección de casos, lo cual constituye un asunto central para la coherencia investigativa; sin embargo, no se pretende cubrir todas las cuestiones que pueden surgir durante el complejo proceso de selección. Con relación a este proceso es posible adoptar diferentes en-

foques. Los casos pueden ser seleccionados de acuerdo al orden en que llegan a la Corte, según si se cuenta con una base suficiente para adelantar el proceso y de acuerdo al nivel de acceso que se tenga a la evidencia, o con base en criterios formales establecidos previamente³. Este último enfoque es una innovación esencial de la CPI, en la que la Fiscalía utiliza criterios legales y políticos para clasificar los casos en una forma coherente. En este contexto la selectividad juega un rol trascendental. Es importante tener en cuenta que el problema de la selección de situaciones y de casos fue menos importante para otros tribunales internacionales, como el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) o el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), debido a que su jurisdicción se encontraba desde el principio limitada en términos territoriales y temporales. En otras palabras: los tribunales *ad hoc* no tuvieron que seleccionar sus "situaciones", ya que ellas estaban definidas en sus estatutos. Tanto el TPIR como el TPIY pudieron desde el principio seleccionar directamente los casos que fueran adecuados para la investigación y el juzgamiento. En cambio, la CPI debe tomar decisiones más difíciles, ya que en teoría puede actuar a nivel universal. Por esta razón los autores del presente artículo se concentran en la estrategia de selección de la CPI. Como se verá más adelante, la Oficina del Fiscal inició un proceso de consulta pública con el fin de desarrollar criterios de selección consistentes, a diferencia de los tribunales penales internacionales anteriores, que no abordaron esta cuestión de forma pública y transparente. Sin embargo, el debate sobre la selección en la CPI hasta ahora ha comenzado. Aún existen varias cuestiones que exigen mayor reflexión y discusión, como por ejemplo el carácter vinculante de estos criterios o su diseño mismo.

Este artículo se centra entonces en el enfoque que la Oficina del Fiscal ha consignado en su estrategia de enjuiciamiento —*Prosecutorial Strategy*— (infra II) y examina sus cuatro principios fundamentales: inves-

tigaciones focalizadas (infra III), complementariedad positiva (infra IV), intereses de las víctimas (infra V) y el impacto del trabajo de la Fiscalía (infra VI). La Fiscalía de la Corte Penal Internacional sólo podrá maximizar su impacto si mejora algunos aspectos prácticos, mediante la transparencia permanente, la publicación de reportes provisionales y la integración coherente de todos los documentos sobre políticas y estrategias en un solo modelo orientado a la selección de casos y aplicable a todo el "universo" de la justicia penal internacional.

II. ESTRATEGIA DE SELECCIÓN ANTE LA CPI

Durante los últimos años la Oficina ha establecido en algunos documentos puntos clave de su estrategia de selección; sin embargo, no ha desarrollado un enfoque integral. La Oficina simplemente ha respondido poco a poco a cada uno de los diferentes problemas que se le han presentado, mediante la publicación del respectivo documento, tal y como se muestra a continuación.

1. Fuentes identificadas

De acuerdo con la Regulación 14 de la Oficina del Fiscal, es posible utilizar documentos de política —*policy papers*— en donde se reflejen los principios clave de la estrategia de enjuiciamiento, así como los criterios concretos para su implementación⁴. Cuatro principios fundamentales conforman el núcleo de dicha estrategia: (i) complementariedad positiva, (ii) investigaciones y juzgamientos focalizados, (iii) consideración de los intereses de las víctimas, y (iv) maximización del impacto del trabajo de la Fiscalía⁵.

Los aspectos estratégicos más importantes se encuentran consignados en los siguientes dos documentos: (i) Estrategia 2006-2009⁶ y (ii) Estrategia 2009-2012⁷. Sin embargo, en otros documentos la Oficina aclara algunos aspectos que también son fundamentales, como el concepto de "interés de la justicia", algunos puntos re-

3 Morten Bergsmo, "The theme of selection and prioritization criteria and why it is relevant", en: Morten Bergsmo (ed.), FICHL Publication Series No. 4, Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases, 2010, p. 9.

4 Regulations of the Office of the Prosecutor (*supra* nota 1).

5 Prosecutorial Strategy, 2009-2012, 1. 2. 2010, La Haya, p. 4-7. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

6 Report on Prosecutorial Strategy, 14. 9. 2006, La Haya. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/Report+on+Prosecutorial+Strategy.htm>. (fecha de consulta: 25. 8. 2012). Ver también el Reporte sobre actividades durante los primeros tres años de trabajo: Report on the activities performed during the first three years (Junio 2003-Junio 2006), 12. 9. 2006, La Haya. Disponible en:

<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Reports+and+Statements/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

7 Prosecutorial Strategy (*supra* nota 5).

1 Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor: April 23 de 2009, disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+Tools/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012), Regulación 34 y siguientes.

2 Se debe tener en cuenta que la declaración realizada por un Estado de acuerdo con el artículo 12 (3) ER activa la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y, en este sentido, también da lugar a la etapa de investigación preliminar. Sin embargo, dicha situación es tratada conforme lo indica el artículo 15 ER.

lacionados con la participación de las víctimas y con la etapa de investigación preliminar. El borrador más reciente sobre investigación preliminar —*Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, 2010*— será examinado más adelante. Otros documentos, por ejemplo sobre complementariedad positiva y selección de casos, se encuentran en proceso de consulta y por esta razón serán publicados posteriormente.

2. Ausencia de una estrategia comprehensiva y global

La Oficina utiliza los términos “policy” y “strategy” de manera indiscriminada. Los documentos que dan cuenta de la estrategia diseñada por la Fiscalía cubren periodos de tiempo específicos (2006-2009 y 2009-2012) y precisan los objetivos estratégicos de la Fiscalía, mientras que los documentos sobre políticas tratan aspectos concretos y fundamentales, sobre los cuales la Oficina pretende proveer mayor claridad y transparencia. Sin embargo, de acuerdo con la Regulación 14 (1)⁸, la Oficina debe desarrollar una estrategia de persecución penal como guía general. La Regulación 14 (1)⁹ parece hacer referencia a una sola estrategia coherente de persecución penal, la cual debería estar consignada en un único “documento maestro”. En este sentido, la práctica actual de formular estrategias de manera coyuntural, la cual se ha llevado a cabo durante aproximadamente tres años, no responde al texto de la Regulación mencionada. Es importante resaltar que éste no es solamente un aspecto formal, ya que tener un solo documento principal en donde se encuentren bien definidos los objetivos generales y específicos de una estrategia de persecución, refleja el sentido de la dirección general de la Oficina, lo cual es importante para el personal que allí trabaja. Evidentemente resulta mucho más práctico tener la estrategia general consignada en un documento, en vez de tenerla dispersa en varios textos producidos en distintos momentos y que se centran en temas diferentes. Sólo a través de un “do-

cumento maestro” es posible establecer un eje transversal a partir del cual sea posible desarrollar estrategias focalizadas, así como realizar reflexiones periódicas.

En todo caso, la formulación de planes trianuales es válida para establecer la agenda de trabajo de la Oficina. Ellos pueden aclarar la estrategia y objetivos para un periodo específico. De la misma manera, los documentos de política reflejan objetivos estratégicos y constituyen la base de la estrategia. Sin embargo, se debe tener en cuenta que debido a su naturaleza de “política” estos documentos se encuentran sometidos a revisión permanente y por esta razón no dan lugar a derecho alguno que pueda ser alegado en el marco de un litigio¹⁰. A partir de ellos y del trabajo que la Corte ha realizado hasta el momento, el Fiscal debe extraer lecciones que permitan estructurar una estrategia clara¹¹. En este sentido, la Oficina ha comenzado un diálogo transparente con actores externos, el cual debe continuar. De hecho, el Fiscal ha sido bien asesorado, para que incremente este proceso de intercambio mutuo, con el fin de promover la credibilidad de la CPI y evitar la apariencia de inconsistencia en las decisiones de selección. Por ejemplo, el Fiscal debe publicar, como de hecho se menciona en el documento *Prosecutorial Strategy 2009-2012*¹², reportes provisionales que permitan a la Oficina monitorear investigaciones preliminares específicas.

La transparencia mediante informes provisionales refuerza la legitimidad de la CPI. Más aún, esto contribuye al desarrollo institucional de la Corte y al fortalecimiento del trabajo del Fiscal que fue elegido a finales del año 2011¹³. La retroalimentación a partir de “lecciones aprendidas” implica entonces un enfoque compuesto por dos aspectos: primero, el desarrollo de un documento estratégico reorganizado acorde con la Regulación 14 (1)¹⁴ y, segundo, la continuación del proceso de consulta con actores externos con el fin de diseñar pautas para la investigación y juzgamiento, que cubran el proceso de selección de casos y situaciones,

así como los criterios que se apliquen para este efecto¹⁵. El documento en donde se consignen dichas pautas tendría que ser integrado a los documentos de política sobre “intereses de justicia” —*Policy Paper on the Interests of Justice*— y sobre investigación preliminar —*Draft Policy Paper on Preliminary Examinations*—, así como también con los documentos sobre selección de casos, etc., de manera que sea posible su armonización y la consolidación de criterios de selección en forma de parámetros que respondan a una política concreta.

III. INVESTIGACIONES FOCALIZADAS

Un principio guía de la Oficina es el de investigaciones y juzgamientos focalizados. La Fiscalía ha decidido concentrarse en los crímenes más graves y en quienes tienen mayor responsabilidad en ellos - “those bearing the greatest responsibility”. Aunque esta terminología puede ser interpretada con cierta flexibilidad, la Fiscalía de la CPI selecciona para sus casos principalmente a las personas que se encuentran en la cima de la jerarquía (estatal). Los demás responsables se dejan para que sean investigados y juzgados por los sistemas de justicia criminal nacionales. Se trata, en este sentido, de fomentar que los Estados, bien sea en los que se cometieron los crímenes, como terceros Estados, tomen las medidas necesarias en contra de los perpetradores para así cerrar la brecha de impunidad (sobre esta forma de entender la complementariedad positiva ver más adelante *infra* IV). De acuerdo con este enfoque la Oficina ha adoptado originalmente una aproximación secuencial, investigando casos dentro de una situación, uno después de otro y seleccionándolos según su gravedad¹⁶. Posteriormente la Oficina ha sido más flexible en su metodología y, por ejemplo, en los procesos que han sido adelantados con relación a Kenia, se ha inclinado más hacia las investigaciones simultáneas, presentando dos casos al mismo tiempo para su juzgamiento (Caso *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono*

Kosgey y Joshua Arap Sang y el Caso *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali*). Por esta razón, si bien la Fiscalía aún utiliza la expresión “focused investigations”, el enfoque secuencial ya no está implícitamente contenido en la Estrategia 2009-2012¹⁷. Esto muestra que mantener cierta flexibilidad es útil y que el Fiscal debe ser capaz de ajustar la estrategia cuando sea necesario. Más aún, el objetivo de acortar las investigaciones y de acelerar los juicios se ve reflejado en la selección de un número reducido de los incidentes más graves y que deben representar los principales tipos de victimización¹⁸.

La estrategia focalizada responde a la realidad práctica y a las experiencias de tribunales internacionales anteriores. Claramente es imposible para la CPI juzgar a todos los posibles perpetradores de crímenes internacionales. La brecha de impunidad sólo se puede cerrar a través de procesos a nivel nacional¹⁹. Por esta razón el éxito del enfoque de la Oficina, con miras a la lucha contra la impunidad, depende en gran medida de los sistemas nacionales y de su integración en el sistema de justicia penal internacional, entendido este último de manera global. Adicionalmente, no se debe confundir la decisión política que toma la Fiscalía para limitar las investigaciones a ciertos casos de importancia, con el test de admisibilidad como barrera legal para actuar frente a otros casos²⁰. Si el Fiscal siente la necesidad de implementar un enfoque más amplio, su política debe ser ajustada en consecuencia, manteniendo siempre en mente la necesidad de coherencia.

1. Investigación preliminar de la Oficina del Fiscal

Como se ha dicho al principio de este artículo, el proceso de selección de la Fiscalía puede ser dividido, en términos generales, en dos etapas: (i) la identificación de situaciones, y (ii) la selección de casos. El término “Situaciones” hace referencia a amplias zonas

8 Regulations of the Office of the Prosecutor (*supra* nota 1).
 9 Ibidem.
 10 Policy Paper on the Interests of Justice, Septiembre de 2007, La Haya, p. 1. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).
 11 De forma similar: HRW, Unfinished Business, Closing gaps in the selection of ICC cases, 15. 9. 2011, p. 2, 46. Disponible en: <http://www.hrw.org/reports/2011/09/15/unfinished-business-0> (fecha de consulta: 25. 8. 2012); HRW, Course Correction: Recommendations to the ICC Prosecutor for a More Effective Approach to “Situations under Analysis”, junio de 2011. Disponible en: <http://www.hrw.org/en/news/2011/06/16/icc-course-correction> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).
 12 Prosecutorial Strategy (*supra* nota 5), p. 10.
 13 HRW (*supra* nota 11), p. 4.
 14 Regulations of the Office of the Prosecutor (*supra* nota 1).

15 Ignaz Stegmiller, The Pre-Investigation stage of the ICC - Criteria for situation selection, en: *Studies in international and european criminal law and procedure*, vol. 8, 2011, p. 268-269.
 16 Report on Prosecutorial Strategy (*supra* nota 6), p. 5. Para una crítica al respecto ver: HRW, The selection of situations and cases for trial before the International Criminal Court, A Human Rights Watch Policy Paper, octubre de 2006, p. 5. Disponible en: <http://www.hrw.org/en/news/2006/10/26/selection-situations-and-cases-trial-international-criminal-court> (fecha de consulta: 25. 8. 2012). También: Kai Ambos, The colombian peace process and the principle of complementarity of the International Criminal Court, 2010, p. 38.
 17 Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, Decision on the Confirmation of Charges, 8. 2. 2010 (ICC-02/05-02/09-243). Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Situations+and+Cases/Cases/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).
 18 Prosecutorial Strategy (*supra* nota 5), p. 6.
 19 Paper on policy issues before the Office of the Prosecutor, septiembre de 2003, La Haya, p. 7. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).
 20 Rod Rastan, “Complementarity: Contest or collaboration?”, en: Morten Bergsmo (ed.), FICHL Publication Series No. 7, Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes, 2010, p. 97; Ignaz Stegmiller (*supra* nota 15), p. 258.

de conflicto, en las que la Oficina realiza sus investigaciones y elabora hipótesis de casos. La selección de situaciones se encuentra orientada por los criterios establecidos en el artículo 53 (1) del Estatuto de Roma, a saber, jurisdicción, admisibilidad e interés de la justicia - "interests of justice"²¹. Los casos son seleccionados de acuerdo con criterios legales similares, basados tanto en el artículo 53 (2) como, mutatis mutandis, en el artículo 53 (1) ER²².

Antes de abordar la cuestión de la selección de casos, la Oficina debe agotar la etapa preliminar —*pre-investigation stage*—, en la que tiene lugar la examinación y selección de situaciones como base de investigaciones posteriores. Esta etapa de investigación preliminar es una innovación importante y necesaria en comparación con el "pre-trial procedure" de otros tribunales penales internacionales, como los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio, el TPIY y el TPIR, el Tribunal especial para Sierra Leona, las cámaras extraordinarias en las cortes de Camboya y el Tribunal especial para el Líbano. Al contrario de estos tribunales penales internacionales *ad hoc*, que contaban con una jurisdicción definida sobre una situación específica, limitada en el tiempo y en el espacio, la jurisdicción de la CPI no tiene límites de este tipo²³. En vez de esto, la CPI debe investigar previamente y seleccionar sus propias situaciones. Incluso en casos de situaciones definidas *prima facie*, a través de remisiones realizadas por el CS o por un Estado específico (ver siguiente sección), la decisión última sobre si se inicia una investigación formal recae sobre el Fiscal y los jueces, con base en los criterios del artículo 53 (1) ER²⁴.

a) Visión general del proceso

Durante el proceso de investigación preliminar la Oficina evalúa si abre una investigación formal en el marco de una situación. El análisis de una situación puede ser activado por uno de los siguientes tres mecanismos: (i) remisión de un Estado de acuerdo con los artículos 13 (a) y 15 ER, (ii) remisión del CS según lo dispuesto en el artículo 13 (b) ER, o (iii) por decisión propia del Fiscal —*proprio motu*— sobre la base de la información recibida de acuerdo con los artículos 13 (c) y 15 ER.

En general, estos tres mecanismos están sujetos al mismo análisis y a ellos se aplican los mismos criterios. La posibilidad de iniciar una investigación *proprio motu* solo difiere, en principio, en dos aspectos: primero, de acuerdo con el artículo 15 (3) ER el Fiscal debe presentar una solicitud de autorización ante la Sala de Cuestiones Preliminares competente —*Pre-trial Chamber*—, mientras que en los casos de remisión el Fiscal puede proceder con la investigación formal, a no ser que él mismo determine que no existe una base razonable para ello (artículo 53 (1) ER); segundo, la necesidad de valorar la información recibida en virtud del artículo 15 del Estatuto hace que sea necesario introducir un mecanismo de filtración. La "información recibida" (referida también a "comunicaciones") debe ser analizada según lo dispuesto en el artículo 15 (2) ER. Esto significa que la "seriedad" de la información es evaluada y que los crímenes que evidentemente se encuentran por fuera de la jurisdicción de la Corte son excluidos incluso antes de que se conviertan formalmente en "situaciones bajo análisis" (esto ha sido denominado "fase de análisis I"

—*analysis Phase I*—)²⁵. La Regulación 27 (a) de la Oficina ordena en este sentido una verificación pre-preliminar para filtrar la información sin fundamento (según la página web de la CPI a finales de mayo de 2011 4.316 comunicaciones recibidas, de un total de 9.214, habían sido consideradas "manifiestamente por fuera de la jurisdicción de la Corte")²⁶. En todo caso, el filtro de "seriedad" también es aplicado a remisiones tanto de un Estado como del CS²⁷. De hecho, se trata de un mecanismo de filtración procesal que ha sido inventado por la Oficina con el fin de manejar en general el gran número de información que ella recibe sobre posibles crímenes.

Posteriormente tiene lugar el análisis preliminar propiamente dicho, en el que la Fiscalía evalúa los criterios establecidos en el artículo 53 (1) ER, a saber, aspectos relacionados con la jurisdicción, la admisibilidad y el interés de la justicia. Durante los primeros años de las CPI, la Oficina distinguía tres fases de análisis: (i) Fase I - revisión inicial, (ii) Fase II - valoración sobre la jurisdicción y la admisibilidad, y (iii) Fase III - análisis avanzado y planeación²⁸. Sin embargo, este método de trabajo se ha refinado recientemente y los componentes de la fase II han sido reagrupados en las nuevas fases dos (jurisdicción), tres (admisibilidad) y cuatro (interés de la justicia). Asimismo se ha renunciado a la anterior fase sobre análisis avanzado y planeación²⁹.

La división en distintas fases del proceso de investigación preliminar no fue prevista por el Estatuto de la CPI y únicamente circunscribe el trabajo de la Oficina. En todo caso, desde el punto de vista del Estatuto, es posible distinguir dos pasos claramente identificados actualmente por la Fiscalía: primero, el artículo 15 (2) ER permite el análisis de la "seriedad" de la información recibida, con el fin de identificar comunicaciones que manifies-

tamente no proveen ninguna base para tomar medidas adicionales³⁰. Segundo, se deben examinar tanto el estándar de "base razonable", como los demás criterios de evaluación. Es importante resaltar que el estándar de "base razonable" debe ser aplicado a las tres posibilidades de activación ya mencionadas (artículos 15 (3), (4) y 53 ER, regla 48 y 104 de las Reglas de Procedimiento y Prueba)³¹. Jurisdicción, admisibilidad e interés de la justicia son en consecuencia los criterios centrales para el análisis y la selección de situaciones.

b) Evaluación crítica del "Draft Policy Paper" sobre investigación preliminar

La pregunta sobre la selección de casos surgió desde que la Corte comenzó su trabajo. Sin embargo, en esta primera fase, la discusión se centró en las necesidades prácticas y en temas administrativos, antes que en el desarrollo de una estrategia clara de selección. Además, las situaciones de Uganda y de la República Democrática del Congo (RDC), las cuales fueron las primeras en ser remitidas por los gobiernos respectivos en el año 2004, eran claramente de tal gravedad que un proceso detallado para su valoración no parecía necesario. Sólo al aumentar el número de comunicaciones sobre situaciones potenciales se hizo urgente una política con relación a la etapa de investigación preliminar. Actualmente se encuentran en análisis preliminar siete situaciones (Colombia, Afganistán, Georgia, Guinea, Honduras, Corea y Nigeria), adicionalmente la Oficina ha solicitado recientemente autorización para adelantar una investigación con relación a Costa de Marfil, realizando con ello la segunda solicitud *proprio motu* además de la situación en Kenia³².

En Octubre de 2010 la Oficina publicó el borrador de un documento de política sobre la etapa de investiga-

21 Reglas 48 y 104 Reglas de Procedimiento y Prueba; Ignaz Stegmiller (*supra* nota 15), p. 209.

22 De acuerdo con la Regulación 33 de la Oficina, el Fiscal debe tener en cuenta los criterios del artículo 53 (1) ER con relación a la selección de casos; al parecer esto implica que el artículo 53 (2) no es aplicable para este efecto. Sin embargo, la Regulación 29 (5) menciona al artículo 53 (2) en el contexto del inicio de las investigaciones (*initiation of an investigation or prosecution*). Debido a que los casos forman la base de la investigación y que son seleccionados en una etapa posterior, derivados de una situación específica, aquí se encuentra un argumento para sostener que el artículo 53 (2) también cubre la selección de casos. Más aún, la limitación del artículo 53 (2) sólo a circunstancias en las que la Fiscalía ha decidido no iniciar una investigación en absoluto en relación a toda una situación no está soportada por una interpretación literal y sistemática: El artículo 53 (2) habla de "sufficient basis for prosecution", lo cual constituye un estándar más alto que el mencionado para la selección de situaciones ("reasonable basis") en el artículo 53 (1) y en consecuencia se refiere a una etapa posterior. Desde el punto de vista sistemático se puede afirmar, que tanto el numeral 1 como el numeral 2 del artículo 53 se encuentran redactados en términos negativos ("no" y "not"), pero ello no indica que sólo sean aplicables a decisiones negativas (de no continuar con el procedimiento). Sin embargo, el mecanismo de revisión regulado en el artículo 53 (3) es aplicable únicamente a decisiones negativas ("not to proceed") y la intervención de la Sala de Cuestiones Preliminares depende de la decisión que el Fiscal tome en este sentido en un caso específico. De otra manera, dicho mecanismo de revisión contenido en el artículo 53 (3), el cual ha sido redactado con sumo cuidado, se vería afectado. En otras palabras: mientras no se haya tomado por parte del Fiscal una decisión en virtud del artículo 53 (2) con relación a un sospechoso en particular, tal decisión no existe y por lo tanto no es revisable.

23 Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, 4. 10. 2010, La Haya, p. 4. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

24 *Ibidem*, p. 5; Ignaz Stegmiller (*supra* nota 15), p. 113-114.

25 Ver Draft Policy Paper on Preliminary Examinations (*supra* nota 23), p. 18; HRW (*supra* nota 11), p. 4.

26 Para un reporte más reciente ver: Update on Communications Received by the Prosecutor of the ICC, 10. 2. 2006, La Haya, p. 2-3. Disponible en:

<http://www.icc-pi.int/Menu/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Reports+and+Statements/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

27 Ver la regla 104 (1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP).

28 Annex to the Policy Paper: Referrals and Communications, Septiembre de 2003, La Haya. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012); Ignaz Stegmiller (*supra* nota 15), p. 215 ss.

29 Draft Policy Paper on Preliminary Examinations (*supra* nota 23), p. 18.

30 Ver también RPP 104 (1)

31 Ignaz Stegmiller (*supra* nota 15), p. 213; Situation in Kenya, Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the situation in the Republic of Kenya, 31. 3. 2010 (ICC-01/09-19), párr. 17 ss. Disponible en: <http://www.icc-pi.int/Menu/ICC/Situations+and+Cases/Cases/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

32 Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15, 23. 6. 2011 (ICC-02/11-3). Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Situations+and+Cases/Cases/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

ción preliminar —*Draft Policy Paper on Preliminary Examinations*—, el cual fue ampliamente difundido y está abierto a críticas. Este documento se basa en gran medida en un proyecto interno anterior, elaborado en el año 2006, sobre selección de casos y situaciones, el cual también fue circulado entre expertos externos, aunque no tan ampliamente. Otros documentos sobre aspectos fundamentales, como selección de casos y complementariedad positiva, se encuentran aún en proceso de consulta interna y no han sido puestos a disposición del público. Aunque la interacción de la Oficina con organizaciones no gubernamentales y expertos externos representa sin lugar a dudas una mejora importante frente a los tribunales *ad hoc*, no es del todo claro por qué el proceso para finalizar documentos de política tarda en general tanto tiempo. Desde comienzos del año 2006 la Oficina ha estado trabajando en cuestiones estratégicas y ha aplazado en varias oportunidades la publicación de los documentos correspondientes. Frente a esta situación y desde un punto de vista externo sólo es posible especular sobre las razones por las que estos documentos aun no han sido finalizados. En este sentido, dado el aumento de las actividades de la Oficina, no solamente por la (inesperada) remisión del CS en los casos de Sudan (Darfur) y Libia, es muy probable que la Fiscalía tenga serios problemas de capacidad. En la Fiscalía no hay una unidad encargada exclusivamente de los documentos de política y estrategia y la mayor parte de su personal se dedica a las situaciones y casos que se encuentran pendientes y que con frecuencia envuelven cuestiones procesales complejas que exigen un tratamiento prioritario. Durante el trámite procesal surgen numerosos problemas jurídicos y la Oficina debe resolverlos rápidamente dentro de los términos procesales. En este sentido es posible preguntar por qué los documentos de política y estrategia no son producidos por el Fiscal jefe y su equipo inmediato, recientemente reforzado con la designación de consejeros adicionales³³. Estos consejeros no están envueltos en el trabajo diario de la Oficina y su función es precisamente, si la

hay, ayudar al Fiscal en el desarrollo de una estrategia y política coherentes. En cualquier caso, un proceso de selección transparente es importante para el futuro de la CPI y puede también ayudar a ahorrar capacidad de trabajo. Esto también resulta crucial para la aceptación de la Corte. Las cuestiones estratégicas deben ser priorizadas tan pronto como sea posible. La elección de un nuevo Fiscal jefe en Diciembre de 2011 y su asunción del cargo a mediados de 2012 permite un nuevo comienzo, para aprender las lecciones necesarias de los pasos en falso y errores de su predecesor³⁴. El nuevo Fiscal deberá entonces, como una de sus primeras acciones, clarificar cuál es la estrategia global de la Oficina. Se deberán crear, por ejemplo, grupos de trabajo para hacer frente a esta importante tarea, en los que se comprometan expertos externos, sin perder de vista que la estrategia de selección afecta a la CPI como un todo y puede definir su futuro.

Con relación al documento sobre la etapa de investigación preliminar, algunas explicaciones dadas por la Oficina requieren aclaración adicional. Por ejemplo, la ausencia de un tiempo definido para su finalización³⁵. Mientras que la existencia de un límite de tiempo, como término fijo, puede parecer algo rígido a la luz de la complejidad propia de investigaciones de macro criminalidad, la ausencia de reglas y la falta de controles externos sobre las indagaciones preliminares generan inseguridad jurídica y da lugar a tensiones entre el Estado en cuestión, la Oficina y las víctimas. Después de todo, el derecho internacional de los derechos humanos exige un proceso rápido, lo cual cubre también la fase de investigación. Así, por ejemplo, cabe mencionar la controversia que tuvo lugar entre la Fiscalía y la Sala de Cuestiones Preliminares, dado que no era claro el estatus de la situación concerniente a la República Centroafricana, ya que la Oficina no había proveído información alguna al respecto por más de dos años. Para evitar este tipo de controversias en el futuro, la Sala debería tener el derecho, después de un periodo de inactividad por parte de la Oficina, de solicitar informa-

ción sobre el estado de una investigación, ponderando cuidadosamente la independencia de la Fiscalía frente a la necesidad de controles por parte de las Salas³⁶.

El Fiscal titular también introdujo la práctica de “invitar” a los Estados en los que se ha presentado una situación que puede activar la jurisdicción de la Corte, para que ellos mismos la remitan. Se trata de la llamada “auto-remisión” - “*self-referrals*”, la cual, según el documento, fue explícitamente contemplada durante las negociaciones en Roma³⁷. Es discutible si alguna vez fue contemplada la idea de que un Estado pueda remitir una situación contra sí mismo³⁸, en todo caso, la redacción de los artículos 13 (a) y 14 no excluye dicha posibilidad³⁹. Más aún, vale la pena discutir la decisión que ha tomado la Fiscalía, como política suya, de favorecer las “auto-remisiones” por encima de la activación *proprio motu*, lo cual ha sido mencionado de forma explícita por la Oficina en su documento de política con relación a la RDC, Uganda y Kenia⁴⁰. La Corte se encuentra actualmente trabajando con toda su capacidad y las investigaciones iniciadas *proprio motu* pueden ser en todo caso la mejor opción en algunas circunstancias. La posibilidad de que se genere la percepción de que la Corte investiga sólo a alguna de las partes involucradas en un conflicto no debe ser subestimada. Estas denuncias se pueden propagar fácilmente en comunidades en donde el conocimiento sobre la Corte es escaso. La política de “auto-remisiones” facilita la propagación de dichos rumores, aunque la posterior selección de casos para investigar a todas las partes de un conflicto pueda neutralizar dichas críticas. La Oficina puede evitar o disminuir las críticas a través de un programa de divulgación bien establecido, también por medio de la redefinición de las situaciones referidas y con un mayor uso de sus poderes *proprio motu*. Este último mecanismo puede ser utilizado para las situaciones pendientes de Kenia y Costa de Marfil, las cuales necesariamente implicarán el tratamiento, y ojalá la solución, de varios aspectos jurídicos allí involucrados. Obviamente, la decisión de acudir a la activación

proprio motu como un último recurso de la Oficina o como un mecanismo de activación equitativo y poderoso recae en últimas en las manos del nuevo Fiscal.

2. Selección de casos

De las situaciones escogidas la Oficina debe seleccionar casos para las investigaciones y enjuiciamientos subsiguientes. La determinación de un caso supone los siguientes pasos: (i) selección de regiones, (ii) selección de incidentes, (iii) selección de grupos, y (iv) selección de perpetradores individuales⁴¹. El Fiscal ha decidido que los casos se seleccionarán de acuerdo con su gravedad y que acusará sólo a los mayores responsables —*those suspects who bear the greatest responsibility for the most serious crimes*—⁴². La Oficina aplica estos criterios —“gravedad” y “mayor responsabilidad”— discrecionalmente⁴³. Por esta razón su interpretación se debe conectar con la base estatutaria que prevé precisamente la investigación discrecional, es decir, con el artículo 42 (1) ER en general y el artículo 53 (2) (c) ER en particular, así como la cláusula general “interés de la justicia”⁴⁴.

a) La gravedad como criterio para la selección de casos

La Oficina ha afirmado en su documento de política, que la gravedad se encuentra en el centro del proceso de selección. De acuerdo con la Regulación 29 (2) se deben tener en cuenta para esto los siguientes factores: (i) escala, (ii) naturaleza, (iii) modo de la comisión, e (iv) impacto. Antes de que las regulaciones de la Oficina fueran adoptadas se dio un intenso debate sobre los factores que deberían tenerse en cuenta al momento de aplicar el criterio de gravedad. Con relación a la situación en Kenia la Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo, que debían considerarse los factores mencionados por la Oficina e igualmente estuvo a favor de un enfoque mixto, tanto cuantitativo como cualitativo⁴⁵. Sin embargo, antes de esto fue revisada por medio del proceso de apelación⁴⁶ una interpretación bastante rí-

33 Asesor especial para crímenes de género Prof. Catharine MacKinnon, asesor especial para derecho internacional humanitario Prof. Tim McCormack, asesor especial para derecho internacional Prof. José Álvarez, asesor especial para prevención criminal Prof. Juan Méndez, consejero especial del Fiscal Benjamín Ferencz, y consultor para la Oficina del Fiscal Baltasar Garzón (quien entre tanto en Colombia es asesor de la MAPP-OEA). Ver también los debates de expertos invitados en: <http://uclalawforum.com/>.

34 David Kaye, “Who’s afraid of the International Criminal Court?”, en: *Foreign Affairs*, May/June 2011, p. 118 ss.

35 *Draft Policy Paper on Preliminary Examinations (supra nota 23)*, p. 17.

36 Con relación a la implementación de una nueva regla sobre un periodo de 18 meses: Ignaz Stegmiller (*supra nota 15*), p. 235.

37 *Draft Policy Paper on Preliminary Examinations (supra nota 23)*, p. 16.

38 William Schabas, *The International Criminal Court, A commentary on the Rome Statute*, 2010, p. 309-310.

39 Para un análisis más profundo, incluyendo los *travaux*, ver: Daryl Robinson, “The controversy over territorial State referrals and reflections on ICL disclosure”, en: *Journal of International Criminal Justice*, Volume 9, No. 2, 2011, p. 359.

40 *Draft Policy Paper on Preliminary Examinations (supra nota 23)*, p. 16-17.

41 Carsten Stahn, “Judicial review of prosecutorial discretion: Five years on”, en: Carsten Stahn/Göran Sluiter (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 249; HRW (*supra nota 16*), p. 4 ss. Ver también Regulación 49 del Reglamento de la Corte, la cual proporciona alguna orientación sobre el tipo de información que la Fiscalía tiene que reunir con el fin de iniciar una investigación.

42 *Prosecutorial Strategy (supra nota 5)*, p. 6.

43 Carsten Stahn (*supra nota 41*), p. 251, 263.

44 Ignaz Stegmiller (*supra nota 15*), p. 332 ss., 355, 425, 428 ss.

45 *Situation in Kenya (supra nota 31)*, párr. 62; *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda (supra nota 17)*.

46 *Situation in DRC, Judgement on the Prosecutor’s appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I (Decision on the Prosecutor’s application for warrants of arrest, article 58)*, 13. 7. 2006 (ICC-01/04-169), párr. 1 ss. Disponible en: [http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases/\(fecha de consulta: 25. 8. 2012\)](http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases/(fecha de consulta: 25. 8. 2012)).

gida del umbral de gravedad realizada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso contra Lubanga y Ntaganda, en la que se establecía que la investigación de los líderes con mayor rango constituía un límite legal⁴⁷. Esta interpretación reduce seriamente el alcance de las actividades de la Corte. Por esta razón sostenemos, contrario a esta perspectiva, que el concepto de "gravedad" hace alusión tanto a una noción de discrecionalidad como a un filtro legal (es decir al enfoque dirigido a los líderes de mayor jerarquía perteneciente al anterior concepto de gravedad discrecional). En cualquier caso, la Sala de Apelaciones ha (re)abierto la puerta para futuras discusiones sobre este criterio.

Actualmente, a pesar de este debate, el concepto general de gravedad es todavía en varios sentidos confuso⁴⁸. En particular, no es claro cómo se puede fundamentar normativamente la determinación de gravedad en el Estatuto de Roma. Para la selección de casos se podría fundamentar en los artículos 17 (d), 53 (2) (b) y/o 53 (2) (c) ER. Teniendo en cuenta la Regulación 29 y la mencionada decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II en la situación de Kenia, parece ser que la Oficina y la Sala de Cuestiones Preliminares consideran la gravedad únicamente como la segunda parte del test de admisibilidad realizado de acuerdo con el artículo 17 (1) ER. La base estatutaria se encontraría entonces en los artículos 53 (2) (b) y 17 (1) (d) ER⁴⁹. Sin embargo, el entendimiento de la Oficina reflejado en su documento de política es diferente, ya que sugiere más bien una lectura amplia de este criterio, en el sentido de un concepto discrecional como ha sido mencionado arriba. Por esta misma línea, Paul Seils, ex Jefe de la Sección de Análisis de Situación de la Oficina —*Situation Analysis Section*—, sostiene que en las decisiones que allí se toman con relación a la gravedad de un caso se encuentra cierta discrecionalidad ("principio de oportunidad")⁵⁰. La forma en que el criterio de gravedad es aplicado por la Oficina envuelve entonces una evalua-

ción más o menos subjetiva, comparando un caso con otro y tomando decisiones discrecionales. De este modo el análisis va más allá de una determinación puramente legal. Esta aproximación al criterio de gravedad difiere de la determinación legal (no discrecional) de acuerdo con el artículo 17 (1) (d) ER⁵¹. En nuestra opinión, la Oficina no se encuentra impedida legalmente para utilizar el criterio de gravedad de esta manera, y, en todo caso, el fundamento estatutario para dicho entendimiento discrecional estaría en el artículo 53 (2) (c) y no en el artículo 17 ER. Por lo tanto, si el Fiscal utiliza la gravedad como un factor discrecional de selección y priorización de casos, debe entonces referirse a él de acuerdo con ello, es decir, la Oficina debe aclarar si utiliza la gravedad como un límite legal mínimo acorde con el artículo 17 (1) (d) ER o como un criterio de selección de casos que envuelve consideraciones discrecionales. De ser este último el caso, como aparece en los documentos sobre política y estrategia, la determinación de gravedad que realiza la Oficina es una cuestión que cae en el ámbito de aplicación del artículo 53 (2) (c) ER y se encuentra por tanto sometida a control judicial según el artículo 53 (3) ER. Como consecuencia, toda decisión de no procesar a un individuo con base en el criterio de gravedad definido discrecionalmente —sin importar si la Fiscalía asumió el conocimiento de la situación *proprio motu* o a través de la remisión de un Estado o del CS— puede ser revisada por la Corte⁵². Esto se infiere claramente a partir del texto del artículo 53 (3) ER, aunque el poder que en consecuencia tendría el Estado respectivo o el Consejo de Seguridad para activar dicha revisión (conforme al artículo 53 (3) (a)) genere cierta preocupación, dado que ellos normalmente deciden de acuerdo a consideraciones políticas. Por esto es bien recibido que, bajo esta norma, la Sala de Cuestiones Preliminares solo pueda solicitar al Fiscal "reconsiderar" su decisión, lo que quiere decir que en todo caso la Oficina tiene la última palabra⁵³.

b) Aquellos que tienen mayor responsabilidad

Otro aspecto importante de la selección de casos es la política de la Oficina de centrarse en aquellos sospechosos que tienen la mayor responsabilidad por los crímenes más graves. La pregunta sobre a quién enjuiciar resulta de la mayor relevancia cuando se trata de crímenes internacionales, debido a que el número de presuntos perpetradores es tan grande que hace prácticamente imposible llevarlos a todos a juicio. En este punto se discutirá la política de la Oficina sobre investigaciones focalizadas, mientras que el problema de la lucha contra la impunidad será tratado más adelante como un asunto de complementariedad positiva.

La expresión utilizada por la Oficina ("*those who bear the greatest responsibility*") no se encuentra en el Estatuto de la CPI, pero tanto el Preámbulo como los artículos 5 y 17 ER dan algunas pistas al respecto⁵⁴. En todo caso el Fiscal mismo entiende este criterio como un asunto de política⁵⁵. Si fuera entendido como un requisito legal, un acusado podría argumentar que él o ella sólo es un perpetrador "menor" y que como tal no estaría dentro de la jurisdicción *ratione persone* de la CPI o que su caso es inadmisibile⁵⁶. En una decisión anterior, la Sala de Cuestiones Preliminares I sostuvo, en un sentido opuesto a la visión de la Oficina, que el acusado debía estar entre los líderes de mayor rango y con mayor responsabilidad - "*senior leaders most responsible*", con el fin de poder cumplir con el umbral de "gravedad", en cuanto requisito de admisibilidad establecido en el artículo 17 (1) (d) ER⁵⁷. Esta interpretación limitaba significativamente el alcance jurisdiccional de la CPI y fue, por esta razón, correctamente revocada por la Sala de Apelaciones. Según ésta el en-

foque de la Sala de Cuestiones Preliminares además de carecer de base estatutaria limitaba el efecto disuasivo de la Corte⁵⁸. En consecuencia, se debe reconocer la naturaleza puramente política de este criterio, el cual no puede constituir un obstáculo legal para el enjuiciamiento de ciertas personas⁵⁹. De acuerdo con la Oficina no se trata entonces de un límite estricto, al contrario, puede ser interpretado con una flexibilidad tal, como para incluir sospechosos que se encuentran por debajo de oficiales de alto rango⁶⁰.

Teniendo en cuenta esta flexibilidad, aparentemente este criterio no puede ser asociado con el criterio (legal) de gravedad derivado de los artículos 53 (2) (b) y 17 (1) (d) ER, pero, en todo caso, se debe poder ser ubicar en alguna parte. En efecto, la Oficina no ha tratado el requisito de mando como una noción pura de gravedad⁶¹, pero ciertamente dicha exigencia está relacionada con este último concepto. De acuerdo con Rod Rastan el concepto de gravedad puede cumplir una función más amplia, en el sentido de orientar el ejercicio de poderes discrecionales en orden a identificar y priorizar casos para la selección⁶². En todo caso, aunque cierto nivel de flexibilidad con relación al rango y rol de los sospechosos que deben ser enjuiciados es esencial, no solo por los motivos ya mencionadas de persuasión, sino también e incluso aun más por razones puramente prácticas, la discrecionalidad implícita para enjuiciar y priorizar ciertos sospechosos sobre otros requiere una justificación y razones concretas para no parecer completamente arbitraria.

La Oficina misma todavía no ha hecho pública su interpretación de este umbral, aunque factores relacionados con la gravedad, como por ejemplo la "manera de comisión", dan algunas indicaciones al respecto⁶³. En

54 Paper on policy issues before the Office of the Prosecutor (*supra* nota 19), p. 6-7.

55 *Ibidem*, p. 7.

56 En un contexto similar el Tribunal especial para Sierra Leona rechazó un obstáculo jurisdiccional; ver: Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC trial), 22. 2. de 2008 (SCSL-04-16-A-675), párr. 282 ss.

57 Prosecutor v. Ntaganda, Decision on the Prosecutor's application for warrant of arrest, article 58, 10. 2. 2006, (ICC-01/04-02/06-20-Anx2), párr. 51. Disponible en:

[http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases/\(fecha de consulta: 25. 8. 2012\).](http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases/(fecha de consulta: 25. 8. 2012).)

58 Situation in DRC (*supra* nota 46), párr. 75 ss.

59 Fabricio Guariglia (*supra* nota 49), p. 215.

60 HRW, *Courting History, The Landmark International Criminal Court's First Years*, 2008, p. 59. Disponible en: <http://www.hrw.org/en/reports/2008/07/10/courting-history-0> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

61 William Schabas, "Prosecutorial discretion vs. judicial activism", en: *Journal of International Criminal Justice*, Volume 6, No. 4, 2008, p. 745.

62 "may have a broader function in guiding the exercise of discretionary powers in order to identify and prioritize the selection of cases". Rod Rastan (*supra* nota 20), p. 97.

63 Ver: Draft Policy Paper on Preliminary Examinations (*supra* nota 23), p. 15: "The manner of commission of the crimes may be assessed in light of, inter alia, the means employed to execute the crime, the degree of participation and intent in its commission, the extent to which the crimes were systematic or result from a plan or organized policy or otherwise resulted from the abuse of power or official capa-

47 Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Prosecutor's application for warrant of arrest, article 58, 10. 2. 2006 (ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, reclasificado como público conforme a la decisión ICC-01/04-01/06-37), párr. 41 ss. Disponible en: [http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases/\(fecha de consulta: 25. 8. 2012\).](http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases/(fecha de consulta: 25. 8. 2012).)

48 Margaret de Guzman, "Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court", en: *Fordham International Law Journal*, Volume 32, 2009, p. 1401.

49 Fabricio Guariglia, "The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court", en: Carsten Stahl/Göran Sluiter (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 213.

50 Paul Seils, "The Selection and Prioritization of Cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court", en: Morten Bergsmo (ed.), *FICHL Publication Series No. 4, Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 2010, p. 73 ss.

51 Kai Ambos (*supra* nota 16), s. 48-49.

52 Ignaz Stegmiller (*supra* nota 15), p. 451.

53 En contraste, la decisión de no proceder a la investigación teniendo en cuenta el "interés de la justicia" según el artículo 53 (3) (b) RE debe ser confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional...

todo caso, la Fiscalía se ha resistido a vincular la idea de "altos mandos" a cualquier base estatutaria, más allá de las referencias generales al Preámbulo y a los artículos 5 y 17 ER. De hecho, la Oficina afirma que una vez superado el umbral de gravedad del artículo 17 (1) (d) ER ella tiene plena discrecionalidad. Sin embargo, no se debe olvidar que el artículo 53 (2) (c) ER provee un marco adecuado para el desarrollo de su política⁶⁴. Precisamente, el artículo 53 (2) (c) ER comprende los tres factores que son relevantes para la adopción de un enfoque centrado en los mayores responsables: (i) discrecionalidad, (ii) gravedad (como un asunto de política), y (iii) el rol en el crimen concreto. Los últimos dos factores están incluso mencionados explícitamente en el literal relevante del artículo 53 y cubren las características más importantes de la terminología utilizada por la Oficina: "those bearing the greatest responsibility" (= "role" en el artículo 53 (2) (c)) "for the most serious crimes" (= "gravity" en el artículo 53 (2) (c)). Si la Oficina combina estos tres factores, puede aplicar su política focalizada adecuadamente y encuentra además una base estatutaria sólida para ello. El único argumento en contra de esta lectura del artículo 53 (2) (c) ER —desde la perspectiva de la Fiscalía— es el hecho de que el Fiscal no puede aplicar una política discrecional de forma independiente, puesto que está sujeto a control judicial conforme a lo previsto en el artículo 53 ER. En otras palabras, las decisiones del Fiscal pueden ser revisadas por la Sala de Cuestiones Preliminares según lo dispuesto en el mismo artículo 53 (3) ER.

IV. COMPLEMENTARIEDAD POSITIVA

Con relación a la complementariedad, la Oficina enfatiza correctamente que el primer responsable en la investigación y juzgamiento es el Estado territo-

rial⁶⁵. Sin embargo, la combinación del principio de complementariedad con la priorización de los mayores responsables realizada por la Oficina puede dejar vacíos de impunidad, si el Estado territorial, debido a problemas de capacidad o a otras razones, es incapaz de llevar a juicio a los responsables de crímenes internacionales que no hacen parte de los niveles más altos.

La complementariedad puede tener entonces dos enfoques conceptuales: (i) el principio de admisibilidad, el cual se ocupa de mediar entre jurisdicciones que compiten, y (ii) el principio de reparto de cargas a partir de la distribución consensuada de los casos⁶⁶. En concordancia con el segundo enfoque, la Oficina ha adoptado una política de acción coordinada que ha sido denominada "complementariedad positiva" —*positive complementarity*⁶⁷—, la cual se basa precisamente en el trabajo conjunto⁶⁸. En este sentido, la CPI no "compite" con los Estados por la jurisdicción sobre los casos, por el contrario, se busca que la relación entre la Corte y los Estados esté guiada por el principio de asociación y vigilancia⁶⁹.

En términos prácticos, complementariedad positiva significa que para el Fiscal es preferible fomentar el juzgamiento a nivel nacional, en vez de hacerse cargo él mismo de un caso. En otras palabras, la Oficina puede estimular a un Estado para que implemente sus propias medidas en un caso determinado, incluso cuando el caso pueda ser admitido en términos del test de complementariedad, es decir, aun cuando dicho Estado en principio no haya querido o no haya podido investigarlo o juzgarlo (para más detalles ver *infra* 1), esto sin que la Oficina se vea envuelta directamente en la construcción de capacidades al interior del Estado⁷⁰. En todo caso, este enfoque de reparto constructivo de cargas ha sido aplicado hasta ahora sólo con

relación a terceros Estados (por ejemplo a Alemania en el caso del enjuiciamiento de miembros líderes del FDLR, ver *infra* 2) y no a Estados territoriales. En este sentido la CPI enfrenta varias dificultades. Ejemplo de ello es lo ocurrido con relación a la situación en Libia, en donde las nuevas autoridades del Estado alegaban que la justicia interna estaba investigando activamente los casos de Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, por lo cual la Corte debería haber declarado inadmisibles dichos casos con base en su enfoque de complementariedad positiva⁷¹. El problema está justamente en que la CPI no ha definido una estrategia firme para aquellas situaciones en donde existen procedimientos paralelos a nivel nacional, y adicionalmente la práctica de la Oficina al respecto no ha sido consistente⁷². Teniendo en cuenta que en algunas ocasiones el Fiscal ha dado prioridad a la facilitación de los procedimientos internos (como por ejemplo en Colombia)⁷³, al parecer en la situación de Libia se esperaba también que la existencia de investigaciones a nivel nacional desafiara activamente la admisibilidad. Esto pone de manifiesto que existe cierta incertidumbre sobre la determinación de estrategias con relación a las investigaciones y enjuiciamientos internos acorde con el test de admisibilidad⁷⁴. Así las cosas, queda por ver en qué medida la Oficina aplicará en futuras ocasiones esta idea de complementariedad positiva teniendo en cuenta la experiencia de Libia. Así las cosas, se deberán aclarar los problemas conceptuales relacionados con sus requerimientos concretos⁷⁵. De todas maneras, dado el alto número de casos con los que debe tratar la CPI no queda otra alternativa que promover el ejercicio de jurisdicciones internas a través de la complementariedad positiva. Si el Estado territorial no puede o no desea investigar, la CPI puede en todo caso cooperar con terceros Estados.

1. Estados territoriales

Un Estado territorial puede hacer que un procedimiento ante la CPI sea inadmisibile si cumple con los requisitos que se derivan del principio de complementariedad. De acuerdo con el artículo 17 ER para esto se aplica un test que consta de tres elementos: primero, la Corte examina si el Estado ha emprendido o no algún tipo de acción (posible escenario de inactividad); segundo, se constata si se da alguna de las excepciones mencionadas en el artículo 17 (1) (a) - (c), 20 (3) ER, las cuales pueden hacer que un caso sea inadmisibile ante la CPI, a no ser, tercero, que aplique la excepción a la excepción, es decir, el test de falta de voluntad o de capacidad⁷⁶.

A pesar de que la Oficina reconoce, en principio, los mecanismos de justicia transicional aplicados a nivel nacional⁷⁷, ha fallado al proveer orientación sobre cómo estos mecanismos pueden responder adecuadamente a las exigencias estatutarias⁷⁸. El Fiscal no puede dejar enteramente a los Estados un tema tan ambiguo, como el de los mecanismos alternativos de justicia, además se supone que el Fiscal debe monitorear cualquier crimen que no sea investigado o juzgado en la medida en que se trate de hechos relacionados con una situación o un caso concreto que se encuentre bajo su conocimiento⁷⁹. Por esta razón es una tarea importante el desarrollo de pautas coherentes, que especifiquen los requisitos que los Estados territoriales deben cumplir en orden a adelantar verdaderas investigaciones y enjuiciamientos adecuados. El Fiscal debe reevaluar su documento de política sobre "interés de la justicia" —*Policy Paper on the Interests of Justice*— y plantear su concepto sobre los mecanismos de justicia transicional de cara al estatuto de la CPI. En esta medida, la interpretación estrecha que la Oficina ha adoptado y la aplicación del "interés de la justicia" como un último recurso⁸⁰ no la

city, and elements of particular cruelty, including the vulnerability of the victims, any motives involving discrimination, or the use of rape and sexual violence as a means of destroying communities."

64 Ignaz Stegmiller (*supra* nota 15), p. 444.

65 Report on Prosecutorial Strategy (*supra* nota 6), p. 5.

66 Rod Rastan (*supra* nota 20), p. 83.

67 Prosecutorial Strategy (*supra* nota 5), p. 5; Rod Rastan (*supra* nota 20), p. 112-113; William Burke-White, "Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice", en: Criminal Law Forum, Volume 19, No. 1, 2008, p. 61 ss.; Carsten Stahn, "Complementarity: A Tale of Two Notions", en: Criminal Law Forum, Volume 19, No. 1, 2008, p. 88; Madalena Pampalk/Nandor Knust, "Transitional Justice und Positive Komplementarität", en: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik No. 11, 2010, p. 672-674.

68 Carsten Stahn (*supra* nota 67), p. 102.

69 Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice, Office of the Prosecutor, La Haya, 2003, p. 3. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Network+with+Partners/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

70 Prosecutorial Strategy (*supra* nota 5), p. 5; Carsten Stahn, "How is the Water?", en: Criminal Law Forum, Volume 22, Nos. 1-2, 2011, p. 192-193.

71 Prosecutor v. Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, 1. 5. 2012 (ICC-01/11-01/11-130), párr. 3-4.

72 Carsten Stahn, "Libya, the International Criminal Court and Complementarity", en: Journal of International Criminal Justice, Volumen 10, 2012, p. 332-333.

73 Kai Ambos (*supra* nota 16).

74 Carsten Stahn (*supra* nota 72), p. 339-340.

75 *Ibidem*, p. 348.

76 Kai Ambos (*supra* nota 16), p. 55.

77 Rod Rastan (*supra* nota 20), p. 115; Policy Paper on the Interests of Justice (*supra* nota 10), p. 7-8.

78 Ignaz Stegmiller (*supra* nota 15), p. 379.

79 Para una posición bastante exigente en la que se llama la atención sobre una función general de monitoreo por parte de la Oficina del Fiscal ver: Christopher Hall, "Developing and Implementing an Effective Positive Complementarity Prosecution Strategy", en: Carsten Stahn/Göran Sluiter (eds.), The Emerging Practice of the International Criminal Court, 2009, p. 227-228.

80 Policy Paper on the Interests of Justice (*supra* nota 10), p. 3.

exoneran del desarrollo de un enfoque comprensivo. A pesar de que cada caso tiene sus propias particularidades y que se requiere también una aproximación específica de acuerdo con esto, la formulación de pautas sobre los mecanismos de justicia transicional resulta en todo caso posible y esencial para el trabajo futuro de la CPI. Así pues, desde nuestro punto de vista, el principio de complementariedad obliga al Fiscal incluso a recomendar un marco adecuado que pueda después ser aceptado o corregido por los jueces de la CPI. De otra manera el Estado territorial no puede cumplir con las exigencias de la complementariedad (positiva), debido a que nunca podrá estar seguro de si sus esfuerzos son o no suficientes. Sin estas pautas generales, el Estado sólo está en capacidad de establecer un mecanismo de manera anticipada, para después buscar aprobar el test de complementariedad, con un riesgo alto de no haber logrado satisfacer el estándar *ad hoc* de la Oficina. La complementariedad positiva requiere en todo caso la acción mancomunada con base en la buena fe. En este sentido la Fiscalía se debe vincular al debate sobre las medidas que pueden satisfacer el régimen de complementariedad.

Si bien esta última tarea recae principalmente en el ámbito de la Fiscalía, los esfuerzos de reforma relativos a la creación de capacidades en el Estado afectado no. Ciertamente, es necesario fomentar las acciones a nivel nacional con el fin de cerrar la brecha de impunidad, más aún si se tiene en cuenta que en muchos casos el fortalecimiento de los sistemas nacionales de justicia todavía carece de un progreso significativo. La CPI no cuenta con los recursos para involucrarse en la construcción interna de capacidades. Sin embargo, ella puede ayudar a los estados territoriales apoyándose en sus redes de cooperación, compartiendo información, bases de datos, etc.⁸¹. En todo caso, la responsabilidad de fortalecer el Estado de derecho mediante la prestación de asistencia técnica y judicial actualmente recae en la comunidad internacional⁸². Durante la conferencia de Kampala, la Asamblea de Estados Parte se comprometió a convertirse en un facilitador en la cuestión de complementariedad y con el fortalecimiento de las jurisdicciones nacionales⁸³. En consecuencia, la Asamblea de

Estados Parte y dentro de ellos los Estados miembros de la CPI más fuertes deben asumir su responsabilidad con mayor seriedad y asistir a Estados en post-conflicto en el desarrollo de su justicia criminal. Si bien la CPI puede dejar casos en las manos del Estado territorial con base en la complementariedad positiva, la Corte no está en capacidad de reconstruir el sistema de justicia interno de un Estado.

No obstante estos esfuerzos, el Consejo de Seguridad aparece como otro actor clave. Éste no debe utilizar la posibilidad de remitir casos como un instrumento para aliviar presión sobre sí mismo, al contrario, su compromiso debe continuar, prestando el apoyo necesario a la CPI para la ejecución de las decisiones que resultan precisamente de dichas remisiones. Desafortunadamente, la práctica actual del Consejo de Seguridad ha ido en la dirección contraria, dejando sola a la Corte una vez la remisión de un caso ha tenido lugar. Esto ha sido evidente, por ejemplo, en el caso contra Al Bashir, quien lejos de ser entregado a la Corte, se ha mantenido en el poder y se ha referido a los cargos en su contra como “mentiras” y “falsedades” (BBC *Hard Talk*, 14 May 2011). Aun peor, con relación a Muammar-al-Gaddafi, los mismos miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Francia, Estados Unidos e Inglaterra), quienes promovieron la remisión en un primer momento —antes de la victoria final de los rebeldes— iniciaron negociaciones secretas sobre una salida de Gaddafi incluyendo un acuerdo de inmunidad⁸⁴. Todo este juego político mina la credibilidad y legitimidad de la Corte.

2. Terceros Estados

En la lucha contra la impunidad de crímenes internacionales, la justicia penal internacional opera en tres niveles: (i) a nivel del Estado territorial cuando ejerce su propia jurisdicción, (ii) a nivel de la CPI, la cual ejerce una jurisdicción supranacional, y (iii) a nivel de terceros Estados que ejercen jurisdicción extraterritorial, normalmente conforme al principio de jurisdicción universal. Solo una distribución mutua de cargas entre estos tres niveles puede contribuir eficientemente a cerrar la brecha de impunidad existente.

En situaciones en las que el Estado territorial no puede cumplir con su obligación de enjuiciamiento, la CPI o terceros Estados deben tomar las acciones apropiadas. Si un sistema de justicia nacional no responsabiliza a los perpetradores debido a la falta de voluntad o a su incapacidad, el rol de la comunidad internacional se vuelve crucial⁸⁵. En este sentido el concepto de jurisdicción universal como base para el enjuiciamiento por parte de terceros Estados juega un papel fundamental⁸⁶. La cooperación estrecha entre la CPI, Francia y Alemania en los casos en contra de los más responsables por los crímenes cometidos en el este del Congo por las FDLR, la cual ha dado como resultado tres arrestos, es un buen ejemplo de complementariedad positiva⁸⁷. Estos miembros del FDLR están siendo procesados ante la CPI (Callixte Mbarushimana) y ante la Corte Regional (*Oberlandesgericht*) de Stuttgart en Alemania (Ignace Murwanashyaka and Straton Musoni). Para la Oficina la base legal de esta situación se encuentra en el Preámbulo y en el artículo 93 (10) del Estatuto de la CPI, así como también en su política de complementariedad positiva. Adicionalmente la misma Fiscalía ha enfatizado el hecho de que las autoridades de la RDC no han actuado con relación a los hechos acaecidos en la región de Kivu⁸⁸.

Las autoridades alemanas han llevado a cabo el juicio contra Murwanashyaka y Musoni con base en el principio de jurisdicción universal, consagrado en el artículo 1 del Código Alemán de Derecho Penal Internacional (*CADPI*, *Völkerstrafgesetzbuch*). Esta es la primera vez en que el principio de jurisdicción universal es aplicado conforme al artículo 1 CADPI por un tribunal alemán. Se debe anotar que el Fiscal Federal

ha acudido previamente y en numerosos casos al artículo 153 f del Código de Procedimiento Penal Alemán (CPPA, *Strafprozessordnung*) con el fin de suspender el procedimiento, tal como ocurrió en el caso contra Donald Rumsfeld⁸⁹. El artículo 153f CPPA otorga al Fiscal la facultad discrecional para decidir si abre o no un caso con base en la jurisdicción universal, siempre que se cumpla con algunas condiciones. Así por ejemplo, con relación a los crímenes cometidos en la RDC, El Fiscal Federal alemán cesó sus propias investigaciones preliminares contra Mbarushimana de acuerdo con el artículo 153f (2) (4) CPPA, el cual permite que se interrumpa la investigación si el delito es perseguido por un tribunal internacional de justicia o por un país en cuyo territorio se haya cometido el delito, o cuando éste haya sufrido algún daño como consecuencia del crimen⁹⁰. La Defensa de Mbarushimana presentó objeciones ante la CPI sobre aspectos relacionados con la complementariedad, utilizando la existencia de las investigaciones preliminares y la decisión tomada por el Fiscal Federal alemán como fundamento legal para sostener que el caso no era admisible. Sin embargo, ninguno de estos cuestionamientos tuvo éxito, ni ante la CPI, ni ante el Tribunal Constitucional alemán; en todo caso, son interesantes de analizar en el contexto del artículo 17 ER y de la complementariedad positiva.

La Defensa sostuvo ante la Sala de Cuestiones Preliminares I, que la información suministrada por la Oficina en cumplimiento del artículo 58 ER era insuficiente y que impedía a la Sala pronunciarse sobre la admisibilidad, en circunstancias en las que indudablemente el caso debería haber sido considerado inadmisibile⁹¹.

85 Rod Rastan (*supra* nota 20), p. 123.

86 Christopher Hall, “The Role of Universal Jurisdiction in the International Criminal Court System”, en: Morten Bergsmo (ed.), FICHL Publication Series No. 7, Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes, 2010, p. 201.

87 Ver: Factsheet Situation in the DRC, Callixte Mbarushimana, Office of the Prosecutor, La Haya, 11. 10. 2010, p. 3. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/DEB862E4-1E38-4C6E-9197-2953EC6D7EC9/282525/FactsheetENG2.pdf>. (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

88 Prosecutor v. Mbarushimana, Prosecution's Submission on Jurisdiction, 14. 10. 2010 (ICC-01/04-01/10-12), párr. 24-25. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Situations+and+Cases/Cases/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

89 Para una explicación sobre la relación entre el artículo 1 CADPI y el artículo 153 f CPPA ver: Kai Ambos, “International Core Crimes, Universal Jurisdiction and § 153f German Criminal Procedure Code: A Commentary on the Decisions of the Federal Prosecutor General and the Stuttgart Higher Regional Court in the Abu Ghraib/Rumsfeld Case”, en: Criminal Law Forum, Volumen 18, No. 1, 2007, p. 45 ss. También ver: Kai Ambos, “Prosecuting Guantánamo in Europe: Can and Shall the Masterminds of the “Torture Memos” Be Held Criminally Responsible on the Basis of Universal Jurisdiction?”, en: Case Western Reserve Journal of International Law, Volume 42, 2009, p. 420 ss.

90 „die Tat vor einem internationalen Gerichtshof oder durch einen Staat, auf dessen Gebiet die Tat begangen wurde, dessen Angehöriger der Tat verdächtig ist oder dessen Angehöriger durch die Tat verletzt wurde, verfolgt wird”.

91 Prosecutor v. Mbarushimana, Defence Challenge to the Validity of the Arrest Warrant, 10. 1. 2011 (ICC-01/04-01/10-32), párr. 16. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Situations+and+Cases/Cases/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

81 Prosecutorial Strategy (*supra* nota 5), p. 5.

82 Rod Rastan (*supra* nota 20), p. 121-122.

83 Ver: Resolution RC/Res.1 Complementarity, ASP 9th plenary meeting, 8. 6. 2010, párr. 9-10. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ASP/ReviewConference/Stocktaking/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

84 Richard Dicker, “Handing Qaddafi a Get-Out-Of-Jail-Free Card”, en: International Herald Tribune, 1. 8. 2011; Kai Ambos, Gebell und Nehmen, en: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 11. 8. 2011, (versión en español, entre otros, en: El Mundo, Madrid, 23. 8. 2011, 15).

En particular, la Defensa argumentó que Mbarushimana realmente había sido investigado en Alemania de manera conjunta con Murwanshyaka, que tal investigación siguió en curso hasta el 3 diciembre de 2010 y que, por lo tanto, para la fecha de emisión de la orden de detención se estaban adelantando en dicho país procedimientos reales en el sentido del artículo 17 (1) (a) ER, lo cual hacía del caso inadmisibles ante la Corte⁹².

La Sala desestimó estos argumentos y consideró que la orden de detención había sido emitida correctamente y que el caso no era claramente inadmisibles⁹³. En decir, la Oficina tuvo éxito al sostener que la orden de detención fue emitida de conformidad con lo preceptuado por el artículo 58 ER y que ella no omitió ninguna información⁹⁴. Como resultado la Sala no analizó de fondo la cuestión de la admisibilidad y se negó a estudiar con profundidad la orden de detención. La evaluación de admisibilidad se llevará a cabo en una etapa posterior, aunque la decisión de la Cámara habla *prima facie* a su favor.

En todo caso, la Defensa abrió el debate sobre si efectivamente habían existido investigaciones a cargo del Fiscal Federal alemán en el sentido del artículo 17 (1) (a) o (b) ER, lo cual puede llevar a que el caso sea declarado inadmisibles en una etapa posterior. En el análisis de admisibilidad se tendrá que considerar si el asunto ha sido "objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él" o si ha "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". El punto central en esta discusión es si el artículo 17 (1) (a), (b) ER realmente es aplicable a terceros Estados. Sólo si la respuesta a este interrogante es afirmativa, se tendría que analizar la naturaleza de

las investigaciones que tuvieron lugar en Alemania. De acuerdo con una interpretación literal, la expresión "un Estado que tenga jurisdicción" puede ser entendida también como terceros Estados en ejercicio de jurisdicción universal. En el contexto del derecho a impugnar la admisibilidad según el artículo 19 ER, Hall incluye aquellos Estados que han otorgado jurisdicción a sus tribunales, incluso si ha sido con base en la "universalidad"⁹⁵. Alemania ha implementado esta base jurisdiccional en el artículo 1 CADPI y cumpliría entonces las condiciones, si se sigue en este punto a Hall, para ser un Estado con derecho a impugnar la admisibilidad. Sin embargo, por razones políticas y prácticas, esta interpretación no es convincente. Si bien es claro que la jurisdicción de la CPI opera únicamente de forma complementaria con las jurisdicciones nacionales, el artículo 17 (1) (a), (b) ER está dirigido principalmente a estimular a los Estados que tienen una relación estrecha con la escena del crimen para que implementen sus propias acciones⁹⁶. Una lectura teleológica de la complementariedad vincula por lo tanto el artículo 17 (1) ER con el Estado territorial y con el país de origen del perpetrador o de las víctimas, tal como recientemente lo sostuvo con razón el Tribunal Constitucional Alemán, siguiendo al primer autor de este artículo⁹⁷. Una suerte de "doble" complementariedad, según la cual la jurisdicción de la CPI sería también subsidiaria frente al ejercicio de jurisdicción universal, iría más allá del sentido con el que la complementariedad fue prevista⁹⁸. La jurisdicción de la CPI es subsidiaria si la jurisdicción nacional relevante se basa en los vínculos que emanan del principio de territorialidad, (activa) nacionalidad y/o protección. Con relación al caso de Mbarushimana, las autoridades alemanas sostuvieron un entendimien-

to similar del artículo 17 al indicar que la CPI era el foro adecuado para tratar este caso y que por esta razón asistirían las investigaciones de la Fiscalía de la CPI⁹⁹.

En suma, la jurisdicción universal puede jugar un papel decisivo para cerrar la brecha de impunidad. Sin embargo, ésta debe tener un carácter *subsidiario*, es decir, sólo puede ser invocada en casos excepcionales como un último recurso. En consecuencia, terceros Estados pueden ejercer jurisdicción universal sólo si: (i) Estados con un nexo fuerte con los hechos son incapaces o no tienen voluntad para investigar o enjuiciar, y (ii) si la CPI no ejerce su jurisdicción¹⁰⁰. La discusión sobre esta dimensión del artículo 17 ER ya ha sido abordada por primera vez en la cooperación entre Alemania y la CPI; pero, muy probablemente, la cuestión se examinará con mayor detalle más adelante, una vez la Cámara evalúe la admisibilidad del caso. Es posible afirmar entonces, que las acciones emprendidas por la Fiscalía de la CPI estuvieron de acuerdo con la complementariedad al sostener que la jurisdicción universal no conduce a la subsidiariedad de los procedimientos de la Corte. De no acogerse esta interpretación del artículo 17 ("el Estado que tiene jurisdicción"), se tendrían que examinar más de cerca las medidas adoptadas por las autoridades judiciales alemanas con respecto a Callixte Mbarushimana. Independientemente de los interrogantes que puedan surgir de esta situación, el fomento de la complementariedad positiva y la división de trabajo entre la CPI y (terceros) Estados son bienvenidos, ya que se compaginan con una política de enjuiciamiento sensata y realista. En efecto, solo la interacción estrecha con terceros Estados puede permitir a la CPI disminuir la impunidad. El incremento de la cooperación entre Estados territoriales, terceros Estados y la CPI resulta fundamental para lograr una responsabilidad "universal".

V. CONSIDERACIÓN DE LOS INTERESES DE LAS VÍCTIMAS

Otro principio de la política de la Oficina del Fiscal es que siempre se tendrán en consideración los intereses de las víctimas. El Fiscal consultará sus opiniones en todas las fases del procedimiento, es decir, durante la investigación preliminar, la investigación, el juicio y la etapa de reparación¹⁰¹. Este enfoque corresponde a la Regulación 16 de la Oficina del Fiscal, la cual estipula, que la Oficina debe buscar y recibir las opiniones de las víctimas en todas las etapas procesales, en orden a tener en cuenta sus intereses¹⁰². Identificar las necesidades de las víctimas y establecer quienes hablan en su nombre no es una tarea fácil¹⁰³. Para este fin, la Oficina promueve la interacción directa con víctimas y con asociaciones de víctimas¹⁰⁴.

Además, las víctimas pueden promover sus propios intereses. La participación de las víctimas es un derecho estatutario, el cual tiene fundamento principalmente en el artículo 68 (3) ER, pero también en otras disposiciones legales de la CPI. De hecho, una de las innovaciones de la CPI fue otorgarles a las víctimas un rol más activo en los procesos¹⁰⁵. En las primeras etapas en las que se analiza una situación las víctimas pueden participar de forma informal y suministrar información a la Fiscalía¹⁰⁶. En contraste, el artículo 68 (3) ER otorga a las víctimas el derecho a tener una participación más activa y formal si: (i) la persona en cuestión puede ser calificada como víctima según la regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, y (ii) sus intereses personales se ven afectados por cuestiones legales o de hecho que surjan en el proceso¹⁰⁷. Sin embargo, la Sala de Apelaciones ha negado un derecho general de participación durante la etapa de investigación, debido a que ésta es considerada como un escenario exclusivo del Fiscal¹⁰⁸. De ahí que el derecho de las víctimas a

92 Ibidem, párr. 9.

93 Prosecutor v. Mbarushimana, Decision of the Defence Challenge to the Validity of the Arrest Warrant, 28. 1. 2011 (ICC-01/04-01/10-50), párr. 10-11. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

94 Prosecutor v. Mbarushimana, Prosecution Response to the "Defence Challenge to the Validity of the Arrest Warrant", 27. 1. 2011 (ICC-01/04-01/10-35), párr. 10 ss. Disponible en: [http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/](http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases/) (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

95 Christopher Hall, "Article 19", en: Otto Triffler (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Second Edition, p. 649.

96 Kai Ambos, § 1 VStGB, en: Münchner Kommentar, Strafgesetzbuch, Nebenstrafrecht III, Völkerstrafgesetzbuch, Wolfgang Joecks/Klaus Mießbach (eds.), p. 477.

97 Ver: Tribunal Constitucional Alemán, decisión de Marzo 1 de 2011 (BverfGE B2 BvR 1/11, 1.3.2011, NSIZ 2011, 353-354), párr. 12. Disponible en:

http://www.bverf.de/entscheidungen/rk20110301_2bvr000111.html (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

98 Klaus Kreß, "Völkerstrafrecht in Deutschland", en: Neue Zeitschrift für Strafrecht, No.12, 2000, p. 617-626. Stefan Van Heeck, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, 2006, p.172.

99 Prosecutor v. Mbarushimana (*supra* nota 94), párr. 7. Tribunal Constitucional Alemán (*supra* nota 97), párr. 7.

100 Jann Klefner, Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions, 2008, p. 284.

101 Prosecutorial Strategy (*supra* nota 5), p. 6-7.

102 Regulations of the Office of the Prosecutor (*supra* nota 1), Regulation 16.

103 Stefanie Bock, Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof, 2010, p. 317.

104 Policy Paper on Victims, Office of the Prosecutor, La Haya, 12. 4. 2010, p. 1. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/> (fecha de consulta: 25. 8. 2012).

105 Stefanie Bock (*supra* nota 103), p. 440 ss.

106 Stefanie Bock (*supra* nota 103), p. 277, 463.

107 Situation in DRC, Judgement on Victim Participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007, (ICC-01/04-556), 19. 12. 2008, párr. 45.

108 Ibidem, párr. 51, 57-59; ver también: Stefanie Bock (*supra* nota 103), p. 453 ss.

participar activamente tenga que ser evaluado caso a caso y que no aplique durante la investigación. De cualquier manera, ni siquiera la Sala de Apelaciones niega de forma absoluta la posibilidad de que las víctimas participen en los procesos judiciales durante la etapa en la que una situación está siendo evaluada¹⁰⁹.

En todo caso, la Fiscalía está obligada desde el punto de vista estatutario (artículos 15 (3), 19 (3), 53 (1) (c) ER) a otorgar a las víctimas cierto grado de participación a través, por ejemplo, de la posibilidad de presentar observaciones, incluso durante la investigación, e informándolas en consecuencia de las decisiones procesales que se adopten¹¹⁰. La Oficina del Fiscal ha reconocido esta responsabilidad y ha establecido que asegurará la interacción a través del aviso público — *public notice*— de las indagaciones preliminares y de las actividades de investigación¹¹¹. Si bien la Fiscalía ha avanzado continuamente en el suministro de información pública, especialmente por medio de actualizaciones semanales en su página web sobre indagaciones preliminares, los reportes interinos aun se pueden mejorar. Sería importante, por ejemplo, que los reportes que realiza la Oficina en el marco del artículo 53 ER se hicieran públicos una vez la Fiscalía ha descartado una situación después de la etapa de investigación preliminar. Estos informes proporcionarían a las víctimas y al público interesado una visión más clara sobre las actividades de la Fiscalía.

VI. MAXIMIZACIÓN DEL IMPACTO: DESARROLLANDO UNA ESTRATEGIA COHERENTE ANTE LA CPI

El último principio mencionado por la Oficina es la maximización del impacto de sus actividades. Por medio del seguimiento de situaciones el Fiscal busca disuadir la perpetración de crímenes futuros¹¹². La disuasión debe tener lugar a través de la creación misma de la CPI y a partir de este supuesto la Oficina del Fiscal está llamada a cumplir un papel multiplicador importante. Durante los primeros años de la CPI el Fiscal

ha logrado cumplir algunos de sus objetivos. Primero que todo, se debe decir que efectivamente la Oficina se encuentra funcionando, investigando crímenes a nivel mundial. Esta función de vigilancia, a pesar de la dificultad para poder ser demostrado empíricamente, tiene un efecto disuasivo. Sin embargo, no se puede perder de vista que la capacidad de disuasión del Derecho Penal Internacional y por lo tanto de la Corte es vista en escritos académicos generalmente de manera crítica¹¹³. Pero, en cualquier caso, los perpetradores de crímenes de competencia de la Corte ya no pueden moverse con tanta libertad como antes cuando una orden de arresto de la CPI no era posible.

Adicionalmente, la Oficina ha mejorado su trabajo de manera consecuente a través de su propia evaluación crítica. El nuevo Fiscal debe continuar este proceso inicial e intensificar los esfuerzos con el objetivo de formular una estrategia global. La Fiscalía debe reconsiderar en términos políticos y de forma crítica sus objetivos e impacto¹¹⁴. En este sentido son varios los retos que debe afrontar actualmente la Fiscalía¹¹⁵. En el pasado, las decisiones sobre selección que ha tomado la Oficina no han sido siempre consistentes¹¹⁶. Un buen ejemplo de ello es la forma en que se han aplicado los criterios arriba mencionados de “gravedad” y “mayor responsabilidad”. Por esta razón, aspectos como la transparencia y el acceso público se deben mejorar. Entre mayor sea la información puesta por la Oficina a disposición del público, sus decisiones serán más fáciles de comprender. Sin embargo, un enfoque “abierto” de este tipo exige una estrategia sólida en términos legales y políticos. Sólo si la selección de casos está basada en criterios bien definidos, las decisiones del Fiscal tendrán un soporte claro y ganaran legitimidad. De lo contrario seguirán los cuestionamientos sobre la credibilidad y consistencia del proceso de selección. La Fiscalía debe, en consecuencia, fomentar los esfuerzos para desarrollar pautas comprensivas. Esto puede tener como base un estudio comparativo sobre selección y priorización de crímenes internacionales tanto a nivel

internacional (TPIY, TPIR y tribunales híbridos) como a nivel nacional¹¹⁷. Si bien es difícil aprender de modelos nacionales dirigidos a la priorización de crímenes ordinarios y resulta aun más difícil encontrar en este nivel modelos orientados a crímenes internacionales¹¹⁸, la CPI al ser una corte internacional debe explicar sus decisiones, ya que sobre ella se ejerce una gran presión para que justifique la selectividad. Por esta razón, por lo menos se debe diseñar un nuevo documento estratégico en el que se integren los documentos de políticas y estrategia que ya existen, así como las lecciones aprendidas, con mayor claridad y precisión. La Oficina del Fiscal debe asumir posiciones claras y definidas con relación a los criterios de selección. Además, la estrategia de la Fiscalía debería ser parte de una estrategia más amplia en relación con el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, dejando claro cuales casos deben ser perseguidos por la CPI y cuáles se deben dejar a las jurisdicciones nacionales. La brecha de impunidad sólo se puede cerrar o al menos disminuir a través de una estrategia comprensiva y bien coordinada. Las discusiones sobre discrecionalidad con respecto a la selección de los casos y sus posibles límites seguirán siendo los temas más importantes en el futuro cercano de la justicia penal internacional¹¹⁹.

Por otro lado, la Oficina ha sido también fuertemente criticada, debido a que algunas situaciones han sido analizadas por varios años sin que se haya logrado ningún resultado tangible¹²⁰, en parte debido a que la investigación preliminar no está sometida a término alguno¹²¹. Si bien esto es cierto desde el punto de vista formal, dado que en el derecho aplicable no existe un marco temporal específico, tal como ya se fue mencionado (III 1 b)), y que la investigación preliminar es dirigida discrecionalmente por el Fiscal, la posibilidad de que la Sala de Cuestiones Preliminares intervenga —por lo menos para solicitar información sobre el estado de una situación— debe ser incluida en las Reglas de Procedimiento y Prueba¹²².

En suma, la elaboración de la estrategia de la Oficina del Fiscal es aun un trabajo inconcluso. Aspectos de la mayor importancia, tales como selección de casos y complementariedad positiva, se encuentran aun en espera de ser bien definidos. Una vez que los documentos respectivos sean publicados, las ideas generales sobre selección de casos serán conocidas y en consecuencia podrán ser sometidas al debate público. En todo caso, algunos aspectos relacionados con el enjuiciamiento ya han sido consolidados por la Fiscalía, mientras que otros permanecen en discusión. En particular, el criterio de la gravedad se encuentra lejos de ser resuelto y requiere ajustes muy precisos¹²³. El proceso de selección como tal debe conducir a decisiones equitativas. Para esto, de ser necesario se podría establecer incluso un mecanismo de revisión por parte de las Salas. Sin embargo, la posible inclusión de control judicial en virtud del artículo 53 (3) ER se ha evitado cuidadosamente a través del uso indefinido de la discrecionalidad.

La comprensión de la discrecionalidad determinará el futuro de la Corte, especialmente la interacción y el reparto de competencias entre la Fiscalía y las Salas. La aplicación de discrecionalidad en el proceso de selección es sin duda una atribución de la Fiscalía. Sin embargo, como se ha explicado anteriormente, el Estatuto de la CPI no prevé una discrecionalidad ilimitada e independiente. El artículo 53 ER es la disposición que ha sido cuidadosamente redactada para regular las decisiones de selección. El Fiscal por lo tanto deben cumplir con los criterios contenidos en esta disposición, en otras palabras, las cuestiones de “gravedad” (discrecional) y “los que llevan la mayor responsabilidad” son asuntos del artículo 53 (1) (c) y (2) (c) ER y como tal, la Sala de Cuestiones Preliminares debe poder ejercer en este tema un poder de revisión (limitado). Solamente un sistema de frenos y contrapesos entre el Fiscal y las Salas, así como una estrategia de selección transparente pueden asegurar la coherencia de las prácticas futuras de la CPI.

109 Situation in DRC (*supra* nota 107), párr. 57; ver artículos 56, 57 (3) ER.

110 Stefanie Bock (*supra* nota 103), p. 505 ss.

111 Policy Paper on Victims (*supra* nota 104), p. 14 ss.

112 Prosecutorial Strategy (*supra* nota 5), p. 7.

113 Leslie Francis/John Francis, “International Criminal Courts, the Rule of Law, and the Prevention of Harm: Building Justice in Times of Injustice”, en: Larry May/Zachary Hoskins (eds.), *International Criminal Law and Philosophy*, 2010, p. 58 ss.; Deirdre Golash, “The Justification of Punishment in the International Context”, en: Larry May/Zachary Hoskins (eds.), *International Criminal Law and Philosophy*, 2010, p. 201 ss.; Christopher Mullins/Dawn Rothe, “Ability of the International Criminal Court to Deter Violations of International Criminal Law”, en: *International Criminal Law Review*, Volume 10, No. 5, p. 776 ss.

114 Carsten Stahn (*supra* nota 70), p. 197.

115 David Kaye (*supra* nota 10), p. 123 ss.

116 HRW (*supra* nota 11), p. 8; HRW (*supra* nota 11), p. 3.

117 Para un estudio inicial ver: Morten Bergsmo (*supra* nota 3).

118 Kai Ambos, Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Un estudio comparado. Disponible en: <http://www2.gtz.de/dokumente/bib-2011/giz2011-0145es-estrategia-persecucion.pdf>. (fecha de consulta: 25. 8. 2012)

119 Margaret de Guzman/William Schabas, “Initiation of Investigations and Selection of Cases”, en: *International Criminal Procedure Expert Framework, Towards a Codification of General Rules and Principles of International Criminal Procedure*, October 2011, p. 10-11.

120 HRW (*supra* nota 11), p. 7.

121 Draft Policy Paper on Preliminary Examinations (*supra* nota 23), párr. 84.

122 Ignaz Stegmüller (*supra* nota 15), p. 233 ss.

123 *Ibidem*, p. 329 ss.