

# **La política criminal de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para el inicio de investigaciones**

***Criminal Policy of the International Criminal Court's  
Office of the Prosecutor for the Initiation  
of Preliminary Examinations.***

**Javier Dondé Matute\***

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Artículo 53 del ECPI: la base normativa del inicio de investigaciones.* III. *Criterios de la Fiscalía para Iniciar Investigaciones.* IV. *Ánálisis normativo de los criterios de política criminal de la Fiscalía.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.* VII. *Anexos.*

\* Profesor-investigador en el Inacipe, doctor en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Aberdeen. El autor quisiera agradecer la colaboración de Ana Cecilia Orta Rodríguez asistente de investigación del Inacipe por el apoyo en la elaboración de este trabajo.

Artículo recibido el 17 de junio de 2013  
Aprobado para publicación el 11 de septiembre de 2013

**RESUMEN:** El ECPI estipula algunos lineamientos para que se ejercite la jurisdicción de la CPI, sin embargo, en la práctica de las investigaciones de oficio la Fiscalía cuenta con importantes facultades discrecionales que establecen parámetros de actuación o de inactividad de la propia Corte. Este artículo trata de dilucidar cuáles son dichos parámetros para que la Fiscalía considere que debe abrirse una investigación o no en la CPI, explicando cuándo se realiza un control judicial de las decisiones de la Fiscalía y examinando si estas políticas adoptadas son congruentes con la práctica de la CPI, con el propio ECPI y los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

**Palabras clave:** Corte Penal Internacional, Fiscalía, apertura de investigación, política criminal, derechos humanos, complementariedad.

**ABSTRACT:** The triggering mechanisms of the ICC are determined in the Rome Statute; nevertheless, in case of *proprio motu* investigations, the Office of the Prosecutor have very discretionary powers to establish parameters to open [or not] an investigation in the ICC. This paper tries to determine which factors have to be considered, explaining the decisions that need judicial control and examining if this prosecutorial politics are consistent with the judicial practice at ICC, the Rome Statute and internationally recognized human rights.

**Descriptors:** International Criminal Court, prosecutor, initiation of an investigation, criminal policy, human rights.

**RÉSUMÉ:** Le SCPI stipule quelques directives pour que la juridiction de la CPI soit exercée; toutefois, dans la pratique des recherches officielles, le Bureau du Procureur dispose de facultés discrétionnaires qui établissent des paramètres d'actuation ou d'inactivité de la propre Cour. Cet article essaye d'élucider quels sont tels paramètres pour que le Bureau du Procureur considère s'il doit ou non ouvrir une recherche dans la CPI, en expliquant lorsqu'on réalise un contrôle judiciaire des décisions du Bureau du Procureur et en examinant si ces politiques adoptées sont congruentes avec la pratique de la CPI, avec le même SCPI et avec les droits de l'homme internationalement reconnus.

**Mots-clés:** Cour Pénale Internationale, Bureau du Procureur, ouverture de recherche, politique criminelle, droits de l'homme, complémentarité.

## I. INTRODUCCIÓN

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) establece una serie de requisitos para que se inicie una investigación y, eventualmente, un proceso ante esta jurisdicción internacional. No obstante, en la regulación conducente que se basa esencialmente en el artículo 53 de este tratado internacional se incluyen varias frases ambiguas que invitan a la Fiscalía a elaborar criterios de política criminal para la selección de investigaciones.<sup>1</sup> A su vez, los órganos judiciales, principalmente las Salas de Cuestiones Preliminares, ejercen un control sobre estas determinaciones de la Fiscalía. Con el tiempo y la práctica empiezan ya a vislumbrarse tendencias que permiten responder a la pregunta ¿cuándo inicia una investigación la CPI?

Responder a esta pregunta implica necesariamente distinguir entre diversos supuestos normativos previstos en el ECPI. Por ejemplo, no es lo mismo que la remisión provenga del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o de un Estado parte que cuando inicia la Fiscalía de oficio una investigación. También es necesario analizar los diversos instrumentos de política criminal generados por la Fiscalía y la reacción cuando son sometidos al escrutinio judicial.

Al margen del ECPI, también se empiezan a elaborar prácticas como los “exámenes preliminares” llevados a cabo por la Fiscalía antes de iniciar una investigación de oficio o la incipiente complementariedad positiva, que tienen como finalidad darle una oportunidad a los Estados para

<sup>1</sup> Por política criminal se entiende un “conjunto de acciones implementadas por el Estado (gobierno) con el propósito de prevenir y reprimir, en su caso, el delito”, Cerdá Lugo, Jesús, *Política Criminal, Política Criminológica o Política contra el Criminal*, México, Universidad Tecnológica de Sinaloa, 2001, p. 21; “Parte de la política general (social) del Estado, se la entiende como la política que el Estado adopta en materia criminal, tiene como función primordial la lucha contra el delito, para lograr la vida ordenada en comunidad, la que realiza previniéndolo y/o reprimiéndolo. Para ello, por tanto, diseña y utiliza medidas de prevención (general y especial) y/o de represión”, Moreno Hernández, Moisés, “Dogmática penal y política criminal”, *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI (Coloquio Internacional)*, México, Inacipe, 1996, p. 31. Cabe aclarar que estas definiciones son también aplicables en el ámbito internacional a pesar de que están referidas a los Estados.

desarrollar sus instituciones, marco normativo y capacidad técnica para que éstos realicen por su cuenta las investigaciones sin la intervención directa de la CPI.

La selección de situaciones o casos que serán investigados directamente por la Fiscalía, a su vez, tiene un componente de derechos humanos. Responder a la pregunta planteada de origen implica también responder: ¿los criterios para la selección de investigaciones son compatibles con el debido proceso? Esta cuestión es obligada, no sólo porque el respeto a los derechos humanos es autoevidente, sino que además el artículo 21(1) (b) del ECPI incorpora al derecho internacional de los derechos humanos dentro de su marco normativo, a través de los tratados aplicables, y mediante la interpretación *pro persona* prevista en el párrafo 3 del mismo precepto.

Con base en estas consideraciones, el presente estudio comenzará con un análisis del artículo 53 del ECPI, en lo que al inicio de investigaciones se refiere. Este mismo precepto establece los criterios competenciales y de admisibilidad para dicha etapa (artículo 53 (1) (a) y (b)); sin embargo, como estos temas ya han sido estudiados a profundidad, no se harán más que las referencias necesarias para responder a la pregunta inicial.

Una vez establecido lo anterior, se analizarán los criterios hasta el momento empleados por la Fiscalía para la selección de casos. Esencialmente se estudiarán los documentos denominados *policy papers* en donde se trata de establecer criterios sobre temas relevantes para el inicio de una investigación. También será importante estudiar cómo la Fiscalía ha implementado estos criterios en los supuestos en los que ha decidido abrir una investigación como en Mali; pero quizás aún más relevante, en los casos en los cuales ha descartado dicha apertura, como Irak.

A continuación, será importante ver la reacción de los órganos judiciales de la CPI, ya que como se adelantaba, estos criterios deben ser sometidos a un control judicial. Al respecto serán importantes las situaciones de Kenia y Costa de Marfil, pero sin descartar otras situaciones igualmente relevantes.

Por último, se sistematizarán los criterios de la CPI para la selección de investigaciones y se someterá al escrutinio del debido proceso y los objetivos de la propia Corte. Esto último servirá de herramienta para

evaluar la normatividad, política criminal y práctica de esta instancia penal internacional y de lo cual podrán detectarse tendencias y derivarse algunas conclusiones sobre todo con miras al eventual inicio de nuevas investigaciones.

La idea central de este estudio no es sólo determinar si los criterios hasta ahora expuestos por la Fiscalía y la CPI se ajustan al texto del ECPI y a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sino también tratar de establecer una base firme para determinar qué nuevas investigaciones podrían abrirse, con qué parámetros.

## II. ARTÍCULO 53 DEL ECPI: LA BASE NORMATIVA DEL INICIO DE INVESTIGACIONES

Los criterios normativos para iniciar una investigación se encuentran principalmente previstos en el artículo 53 del ECPI. Aun cuando no es el único precepto que se encuentra relacionado con este tema, es la base de un examen preliminar.<sup>2</sup> En una primera parte se encuentran los requisitos para iniciar una investigación. En un segundo momento, los procesos de revisión judicial de la determinación que haga la Fiscalía de iniciarla o no. Cada una de estas hipótesis normativas se comentará a continuación.

El primer párrafo del artículo 53 señala lo siguiente:

El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:

a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;

b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;

<sup>2</sup> Véase Turone, Giuliano, “Powers and Duties of the Prosecutor”, en Cassese, Antonio y Gaeta, Paola (coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. II, Oxford, John R.W.D. Jones eds., 2002, pp. 1147-1150. Para un análisis contextual de los exámenes preliminares.

c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.

A primera vista este precepto establece tres requisitos para el inicio de una investigación: que se actualicen los presupuestos competenciales de la CPI,<sup>3</sup> determinar que se ha cumplido con el principio de complementariedad<sup>4</sup> y que haya un “interés de la justicia”.

Estos elementos deben comprobarse con base en el umbral probatorio de “fundamento razonable”, el cual ha sido señalado por la SCPII como el más bajo de todos los contemplados en el ECPI.<sup>5</sup> En las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) se encuentra una definición preliminar de lo que implica este umbral probatorio: “El Fiscal, al determinar si existe fundamento suficiente para abrir una investigación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15, tendrá en cuenta los factores indicados en el párrafo 1 a) a c) del artículo 53”.<sup>6</sup>

Éstos son los elementos que deben considerarse, pero el umbral como tal tuvo que ser desarrollado jurisprudencialmente. Al respecto, la SCP II en la situación de Kenia manifestó que se trata del umbral probatorio más bajo previsto en el ECPI y señaló que: “La Sala debe estar satisfecha de que existe una sensata o razonable justificación para creer

<sup>3</sup> Sobre los temas de competencia y admisibilidad véase Hansen, Thomas Obel, “A Critical Review of the ICC’s Recent Practice Concerning Admissibility Challenges and Complementarity”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, 2012; Jurdi, Nidal Nabil, “Some Lessons on Complementarity for the International Criminal Court Review Conference”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 34, 2009; Oficina de la Fiscalía, *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, Documento núm. ICC-01/04-01/07-1008-AnxA, 2003.

<sup>4</sup> La admisibilidad a la que hace referencia la remisión al artículo 17 del ECPI se refiere a que haya una falta de voluntad o falta de capacidad para iniciar una investigación o proceso de forma legítima en los Estados, y además, gravedad suficiente para que conozca la CPI.

<sup>5</sup> Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, 31 March 2010 (en adelante “Apertura de Investigación en Kenia”), pár. 34.

<sup>6</sup> Regla 48, Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (en adelante RPP).

que un crimen de la competencia de la CPI se ha cometido o se sigue cometiendo”.<sup>7</sup>

La redacción de este artículo hace suponer que la Fiscalía no debe comprobar que hay fundamento razonable para iniciar una investigación. En otras palabras, que no es necesario comprobar, con base en este umbral probatorio, que debe investigarse. No obstante, hay una posible contradicción con el resto del artículo que, precisamente, señala qué requisitos deben cubrirse para comenzar con la indagatoria. También existe una posible incongruencia con el último párrafo que presupone no se ha acreditado el interés de la justicia. No obstante esta observación, en la práctica la CPI ha determinado que la Fiscalía debe comprobar estos elementos con base en el umbral del fundamento razonable.<sup>8</sup>

El artículo 53 (2) presupone que la investigación ya se abrió, pero que no hubo elementos para iniciar un proceso, por lo tanto sale del ámbito del presente estudio. Lo importante de este precepto, para efectos de lo que aquí nos interesa, es que da algunos indicadores de lo que debe entenderse por interés de la justicia, al señalar que en caso de que no se inicie el enjuiciamiento por este solo hecho se tomarán en cuenta: “c) ... todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen”.<sup>9</sup>

El artículo 53 (3) señala los supuestos en los cuales se podrá revisar la determinación de la Fiscalía de no iniciar una investigación. Esta decisión se puede revisar a petición del Estado que haya remitido la situación o el Consejo de Seguridad cuando sea éste quien haya realizado dicha acción.<sup>10</sup> No obstante, la SCP sólo puede pedirle a la Fiscalía que reconsideré, pues no puede obligarla a proceder.

<sup>7</sup> Apertura de Investigación Kenia, párr. 35.

<sup>8</sup> *Ibidem*, párr. 34.

<sup>9</sup> Véase Keller, Linda M., “Comparing the ‘Interests of Justice’: What the International Criminal Court Can Learn From New York Law”, *Washington University Global Studies Law Review*, núm. 1, vol. 12, 2013, <http://ssrn.com/abstract=2033514>. Argumentando que se debe recurrir al derecho comparado para darle contenido a esta disposición. Véase también, Tabla 1 “Elementos para determinar el inicio de investigaciones”

<sup>10</sup> Es importante mencionar que cualquier Estado Parte o el Consejo de Seguridad, actuando de conformidad con el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas pueden remitir una situación para que sea investigada por la Fiscalía de conformidad con los artículos 13 y 14 del

La SCP podrá revisar una determinación de no iniciar investigación de oficio, en el supuesto de que la única razón sea que no redunde en interés de la justicia.<sup>11</sup>

En el caso que la Fiscalía decida iniciar una investigación de oficio, la SCP en turno siempre revisará esta determinación.<sup>12</sup> A diferencia del caso anterior, la SCP puede obligar a que se inicie pues el precepto termina señalado: “En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares”.<sup>13</sup>

Es precisamente en este contexto que hay una intervención de las autoridades judiciales de la CPI en determinar cuándo se inicia una investigación, como parte del ejercicio de limitar la discrecionalidad de la Fiscalía.<sup>14</sup>

La Fiscalía no tiene una facultad discrecional para determinar si la CPI es competente para conocer de los crímenes que busca investigar, dado que estos supuestos ya están dados por el ECPI. Tampoco tiene la posibilidad de determinar si la situación es admisible, salvo en torno al concepto de “gravedad suficiente”, que es un término ambiguo que invita a la especulación. Donde existe un amplio margen de discrecionalidad, es la determinación de si una investigación redundaría en interés de la justicia, pues a diferencia de la gravedad del crimen, este elemento no está atado a otros factores y su ambigüedad es también ampliamente especulativa. Es por ello que en este rubro la revisión judicial procede de oficio, tal como lo ha reconocido la doctrina.<sup>15</sup>

ECPI. Igualmente, la Fiscalía, de oficio puede iniciar una investigación con la aprobación de la SCP en turno según el artículo 15 del ECPI.

<sup>11</sup> Véase Turone, Giuliano, “Powers and Duties of the Prosecutor”, *cit.*, pp. 1152 y 1153. De todos los factores que se deben tomar en cuenta solamente el interés de la justicia es discrecional. El elemento de gravedad es semidiscrecional, y el fundamento razonable y la competencia no están sujetos a discreción alguna.

<sup>12</sup> Véase artículo 15 (3), Estatuto de la Corte Penal Internacional.

<sup>13</sup> *Ibidem*, artículo 53 (3) (b).

<sup>14</sup> Véase tabla 2 “Revisión de la decisión de no iniciar investigaciones”.

<sup>15</sup> Sobre la discrecionalidad de la Fiscalía y la propuesta de sustituir “interés de la justicia” con “interés de la sociedad”, véase Goldston, James A., “More Candour about Criteria The Exercise of Discretion by the Prosecutor of the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, 2010, vol. 8, núm. 2, pp. 383-406; Turone, Giuliano, “Powers and Duties of the Prosecutor”, *cit.*, pp. 1139-1142. Mecanismos como la complementariedad, la facultad de suspender investigaciones del Consejo de Seguridad y la autorización para abrir

Algo parecido ocurre cuando la Fiscalía inicia una investigación de oficio, pues a diferencia de los otros supuestos no hay otra instancia (como lo podrían ser el Consejo de Seguridad o el Estado remitente) que haya hecho una evaluación de la información. De no haber una inferencia de la SCP, la Fiscalía sería la única que intervendría en la decisión.<sup>16</sup>

En este apartado, y con la idea de ser exhaustivo en la exposición, es importante mencionar las disposiciones relevantes que se incorporaron al ECPI con respecto a la tipificación del crimen de agresión. Aunque estas disposiciones no han adquirido vigencia, establecen un régimen paralelo competencial que debe, por lo menos, conocerse. En este caso, la normatividad se divide en dos presupuestos distintos: cuando, por un lado, un Estado parte remite la situación o la Fiscalía inicia una investigación de oficio y, por otro lado, cuando la remisión la realiza el Consejo de Seguridad.

En el primer supuesto, si la Fiscalía considera que hay fundamento razonable para iniciar una investigación, es necesario adicionalmente que haya una declaración por parte del Consejo de Seguridad de que existe un acto de agresión. Para tal efecto, se notificará al secretario general de Naciones Unidas el estado que guarda el examen preliminar realizado.<sup>17</sup> De existir tal declaración, la investigación puede proceder de conformidad con el procedimiento establecido para los demás crímenes competencia de la CPI.<sup>18</sup> En caso de que no se haya realizado dicha determinación, la Fiscalía deberá esperar seis meses contados a partir de la notificación, igualmente, de conformidad con los causes previstos en el ECPI.<sup>19</sup>

investigaciones que tiene la SCP son límites estructurales a la discreción de la Fiscalía, véase también Bergsmo, Morten y Kruger, Pieter, “Investigation and Prosecution”, en Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law*, 2a. ed., Munich, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2008.

<sup>16</sup> Sobre los problemas que acarrea tener una Fiscalía internacional con una amplia discreción y la necesidad de establecer límites véase Markovic, Milan, “The ICC Prosecutor’s Missing Code of Conduct”, *Texas International Law Journal*, vol. 47, núm. 1, 2011, pp. 201-236.

<sup>17</sup> Véase artículo 15 bis, párr. 6, ECPI.

<sup>18</sup> Véase artículo 15 bis, párr. 7, ECPI.

<sup>19</sup> Véase artículo 15 bis, párr. 8, ECPI.

En caso que la remisión sea realizada por el Consejo de Seguridad no es necesario que haya una determinación previa.<sup>20</sup> Se debe suponer que la remisión en sí misma debe interpretarse como la determinación que se exige en el artículo 15 bis del ECPI. Aunque pudiera haber algunos problemas conceptuales con esta omisión, pues se confunde el acto de agresión que conlleva a la responsabilidad estatal, con el crimen de agresión. Para efectos de responder a la pregunta planteada, basta con señalar que no es necesario notificar al secretario general y que se puede proceder conforme al procedimiento general.

### III. CRITERIOS DE LA FISCALÍA PARA INICIAR INVESTIGACIONES

#### 1. *Policy Papers*

Se ha criticado mucho a la Fiscalía por no tener criterios claros que ayuden a establecer cómo actúa dentro del marco de sus funciones. No obstante, estos comentarios parecen inmerecidos pues se han producido una serie de documentos de política criminal llamados *policy papers* que delinean su actuación en diversos temas. El inicio de las investigaciones ha sido un tema recurrente, pues se ha tratado de fijar lineamientos para definir con precisión temas como el interés de la justicia y las actuaciones en etapa de examen preliminar. Cuestiones que son esenciales para responder a la pregunta planteada en este estudio. En todo caso parece más relevante tratar de determinar si la Fiscalía ha actuado de conformidad con los propios parámetros que se ha impuesto y si éstos son congruentes con el ECPI. En este apartado se abordarán los parámetros expresados por la Fiscalía en sus *policy papers* y se reflexionará sobre los casos concretos en que ha tenido oportunidad de aplicarlos. La compatibilidad entre éstos, el ECPI y los derechos humanos se abordará posteriormente.

Antes de iniciar con el análisis de la política criminal de la Fiscalía es necesario hacer un breve análisis del artículo 15 del ECPI pues es ahí

<sup>20</sup> El artículo 15 ter, que regula este tipo de remisión, no hace referencia alguna a la “determinación” por parte del Consejo de Seguridad.

donde se establece la facultad de realizar exámenes preliminares antes del inicio formal de una investigación conforme al artículo 53 del mismo tratado internacional.

El examen preliminar es la etapa en la que la Fiscalía se allega de información para determinar si hay fundamento suficiente para iniciar formalmente una investigación. A pesar de que pareciera que dicho examen solamente se realiza en los casos en que se inicia de oficio, dado que se plasmó en el ECPI en tal contexto, en realidad es aplicable a todas las formas de inicio de una investigación, como quedará claro en el desarrollo de este apartado.

Con base en lo establecido en este artículo, hay varios pasos que debe llevar a cabo la Fiscalía, así como varias diligencias que también puede realizar. El artículo 15 (2) al respecto señala:

El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fide dignas que considere apropiadas y recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte.<sup>21</sup>

Así, el ECPI establece una obligación de verificar la información recibida en las comunicaciones. Al parecer, éstas son las únicas diligencias que puede realizar la Fiscalía en este momento procesal, pues las facultades de investigación previstas en el artículo 54 presuponen la apertura de la misma. Igualmente, el artículo 56 menciona las facultades que tiene cuando hay una oportunidad única de investigación; a pesar del carácter excepcional de este precepto, también presupone que la SCP ya autorizó el inicio de la investigación. Lo cual parece confirmarse con la Regla 46 de las RPP, que solamente detalla el desahogo de la información y los testimonios mencionados en el artículo 15, sin hacer mención de otras diligencias o pruebas previstas en otras partes del ECPI.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Al parecer la Fiscalía no espera tampoco una investigación exhaustiva en las comunicaciones, dado que ha señalado que las personas o entidades que presentan las comunicaciones no tienen dicha obligación, y probablemente tampoco la capacidad para realizar dicha tarea. Véase, Oficina de la Fiscalía, *Annex to the “Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor”: Referrals and Communications*, septiembre de 2003, p. 2.

<sup>22</sup> La propia política criminal de la Fiscalía reconoce esta limitación. Véase *ibidem*, p. 4.

Una vez establecido lo anterior se pueden establecer los criterios mencionados formalmente en los *policy papers* de la Fiscalía. Por una cuestión metodológica se destacará lo señalado en los documentos relativos a los exámenes preliminares y al interés de la justicia.

El primer documento analizado, relativo a los exámenes preliminares, parte del texto del ECPI, por lo que no es muy novedoso en este aspecto. Menciona que con base en el artículo 53 (1) (a)-(c) se tendrá que analizar la competencia de la CPI, los criterios de admisibilidad y el interés de la justicia.<sup>23</sup>

El propio *policy paper* establece un esquema en cuatro fases para el análisis en examen preliminar: 1) análisis de comunicaciones; 2) análisis de competencia; 3) admisibilidad, y 4) interés de la justicia.<sup>24</sup> Estos son los pasos o etapas dentro del examen preliminar, el contenido del análisis se detalla a continuación.

El examen preliminar se regirá por los principios de independencia, imparcialidad y objetividad. En cuanto al primer aspecto, la Fiscalía señala que aunque en las remisiones se mencionen personas o grupos en particular, esto no la obliga a investigar éstas u otras personas o hechos.<sup>25</sup>

En cuanto a la imparcialidad, el documento señala que su actuación durante la etapa de examen preliminar se rige por el artículo 21 (3) del ECPI,<sup>26</sup> en otras palabras “[s]in distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

El último criterio de objetividad también, se dice, tiene sustento en el ECPI. En particular el artículo 54 (1) menciona que además de las circunstancias incriminadoras, también se deben investigar las eximientes para establecer la verdad.<sup>27</sup> En este sentido, en la etapa de examen preliminar se debe tener mucho cuidado, ya que la Fiscalía no ha reali-

<sup>23</sup> Véase Oficina de la Fiscalía, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, octubre de 2010, párr. 27.

<sup>24</sup> *Ibidem*, párr. 86.

<sup>25</sup> *Ibidem*, párr. 35.

<sup>26</sup> *Ibidem*, párr. 38.

<sup>27</sup> *Ibidem*, párr. 41.

zado su propia investigación, por lo que la información proporcionada puede estar sesgada por intereses a nivel nacional. Consecuentemente, tomará en cuenta la información relevante, confiable, creíble y completa.<sup>28</sup> Al mencionar las características personales de los individuos, la Fiscalía consideraba pertinente que se tratara de miembros de organizaciones (ya sea estatales o de otro tipo) y que fueran líderes y superiores jerárquicos. Aunque, por lo menos, este último criterio ya quedó superado jurisprudencialmente.<sup>29</sup>

En los siguientes párrafos se exponen los elementos de competencia, admisibilidad e interés de la justicia que se examinarán, que parten, en su mayoría, del texto del ECPI y de la jurisprudencia aplicable. Para efectos del presente estudio solamente se mencionan algunos de los factores que pudieran ser más relevantes.

Respecto de la admisibilidad, la Fiscalía enfatiza que el análisis no es del sistema de justicia en su conjunto, sino de los casos en particular que no se investigan o se procesan sin un verdadero interés por llevar a las personas ante la acción de la justicia. No obstante, pareciera que en esta etapa se tiene todavía poca información para tomar esta determinación, por lo que se evalúan casos potenciales (*potential cases*), en el entendido de que no necesariamente serán los que se investiguen formalmente más adelante.<sup>30</sup>

En este *policy paper* se detallan los factores que se considerarán para determinar la falta de voluntad<sup>31</sup> o la falta de capacidad<sup>32</sup> así como la gravedad suficiente.<sup>33</sup>

En lo relativo al interés de la justicia hay algunas afirmaciones interesantes. La Fiscalía claramente distingue entre los aspectos que tienen que ver con la paz y seguridad de la humanidad, en lo que se podría

<sup>28</sup> *Ibidem*, párr. 42.

<sup>29</sup> Véase Oficina de la Fiscalía, *Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor, cit.*, pp. 6 y 7.

<sup>30</sup> Véase Oficina de la Fiscalía, *Policy Paper on Preliminary Examinations, cit.*, párrs. 27, 53 y 54.

<sup>31</sup> *Ibidem*, párr. 59

<sup>32</sup> *Ibidem*, párrs. 61-65.

<sup>33</sup> *Ibidem*, párr. 70. Véase Tabla 3, “Factores a considerar para determinar la falta de voluntad, de capacidad y la gravedad suficiente”.

denominar “interés de la paz” que se evalúa exclusivamente por el Consejo de Seguridad de conformidad con el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, y el interés de la justicia, que es determinado (por lo menos inicialmente) por la Fiscalía.<sup>34</sup>

También es interesante recalcar que la Fiscalía asume que todas las situaciones que cumplen con los requisitos de competencia de la CPI y admisibilidad deben investigarse pues con esto es suficiente para comprobar que hay interés de la justicia. En otras palabras, se revierte la carga de la prueba en contra de los Estados quienes deberán acreditar que no existe interés de la justicia.<sup>35</sup>

Otros señalamientos que están relacionados con los Estados también son de importancia. Por ejemplo, como parte de la política de la Fiscalía se promoverán las autorremisiones, puesto que se considera que si un Estado consiente la intervención de la CPI hay más posibilidades de que se coopere con la investigación.<sup>36</sup>

Además, también se menciona la intención de promover la complementariedad positiva. En otras palabras, la posibilidad de que se apoyen los procesos internos para dar cumplimiento al preámbulo del ECPI. En otras palabras, que la responsabilidad de procesar a quienes cometan crímenes de la competencia de la CPI sea compartida (*burden sharing*);<sup>37</sup> de tal forma que se puedan llevar a cabo procesos a nivel nacional y ante la CPI. El fundamento de la complementariedad positiva y las formas de cooperar permitidas se encuentran previstos en el artículo 93 (10) del ECPI.<sup>38</sup>

Por otra parte, el tema del interés de la justicia es lo suficientemente importante y ambiguo como para que la Fiscalía haya elaborado un *policy paper* para tratar de definir el contorno de este concepto.

En este documento se enfatiza que la decisión discrecional de no investigar por interés de la justicia es una medida excepcional, pues hay

<sup>34</sup> *Ibidem*, párr. 74.

<sup>35</sup> *Ibidem*, párr. 75.

<sup>36</sup> *Ibidem*, párr. 76.

<sup>37</sup> Sobre esta interacción, véase Ambos, Kai y Stegmiller, Ignaz, “Prosecuting International Crimes at the International Criminal Court: is there a Coherent and Comprehensive Prosecution Strategy?”, *Crime, Law and Social Change*, Países Bajos, vol. 58, núm. 4, 2012, pp. 415-437.

<sup>38</sup> *Ibidem*, párr. 93; véase también Oficina de la Fiscalía, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, cit.*, p. 5.

una presunción derivada del propio ECPI de que debe procederse a la investigación si hay fundamento razonable de que la CPI es competente y la situación es admisible.<sup>39</sup> El ejercicio de esta facultad debe estar basado en los objetivos y propósitos del ECPI. Se destaca la diferencia entre interés de la justicia e interés de la paz; particularmente en “poner fin a la impunidad” y “garantizar que la justicia internacional sea respetada”.<sup>40</sup>

En este *policy paper*, además de los factores para determinar el interés de la justicia ya previstos en el artículo 53 (2) del ECPI, se mencionan otros factores que se considerarán. Sobre el particular, hay un aspecto que resulta interesante para la discusión: cuando en el inciso *c* se menciona que un factor que debe considerarse para determinar el interés de la justicia es la “gravedad del crimen”, el *policy paper* lo equipara con el umbral de gravedad previsto en el artículo 17, que versa sobre la admisibilidad. Parece haber una incongruencia en este punto dado que, de conformidad con el artículo 53 (1), la determinación de dicho umbral ya se realizó conforme al inciso *b*, por lo que debiera pensarse que se trata de otro tipo de “gravedad”.<sup>41</sup>

En primer término, reconoce la existencia de mecanismos no penales como comisiones de la verdad, programas de reparación del daño, reformas institucionales y procesos tradicionales de justicia. Sin embargo, enfatiza que su utilidad descansa en su capacidad de atender a muchos acusados a la vez y que es sólo subsidiaria a los procesos penales.<sup>42</sup> Por otro lado, aunque la existencia de procesos de paz puede ser un factor a considerar, se recalca que velar por el interés de la paz se satisface por el Consejo de Seguridad a través de su facultad de suspender investigaciones de conformidad con el artículo 16 del ECPI.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Oficina de la Fiscalía, *Policy Paper on the Interests of Justice*, septiembre de 2007, pp. 1 y 3.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>41</sup> Es importante recordar que el ECPI establece diversos umbrales de gravedad. En el Preámbulo se dice que los crímenes de competencia de la CPI son los más graves y trascendentales para la comunidad internacional. Además, el umbral mencionado en el contexto de la admisibilidad y el artículo 77 que establece la imposición de la prisión vitalicia por la gravedad extrema del crimen.

<sup>42</sup> Oficina de la Fiscalía, *Policy Paper on the Interests of Justice*, cit., pp. 7 y 8.

<sup>43</sup> *Ibidem*, 8 y 9. Véase, también, Tabla 4 “Criterios elaborados por la Fiscalía para realizar exámenes preliminares”.

## 2. Análisis de casos particulares

Una vez sistematizada la información presentada en los *policy papers*, se analizarán los casos en los que estos criterios se han tenido que poner a prueba. En este apartado solamente se incluyen las situaciones que no han sido objeto de una revisión judicial, su objetivo es determinar la congruencia entre dichos documentos y las situaciones que ha analizado la Fiscalía. Es decir, si ésta ha puesto en práctica sus propios criterios de política criminal. Se trata de un tema de congruencia interna.<sup>44</sup>

Los exámenes preliminares que mayor información aportan al presente estudio son aquellos en los que se realiza un análisis de los elementos de la situación que pudiera investigarse. Así, se puede señalar que la Fiscalía fue congruente en la situación de Palestina, dado que desde un inicio se determinó que al no ser un Estado, ya no se diga un Estado parte del ECPI, la CPI no tenía competencia. Esto es congruente con los principios detallados y el artículo 53 mencionado dado que se trata de un tema de competencia que es lo primero que debe analizarse.<sup>45</sup>

En la potencial situación en Irak, se presenta algo parecido. La primera parte del informe de la Fiscalía establece un análisis de los requisitos competenciales como marca el artículo 53 (1) del ECPI. En efecto, se hace un breve análisis de la competencia territorial y personal de la CPI en Irak y se llega a la conclusión de que sólo puede conocer de hechos cometidos por nacionales de Estados parte, dado que Irak no ha ratificado el ECPI.<sup>46</sup> Como consecuencia de lo anterior, procede a un análisis de la competencia material, que se centra en la posible comisión de crímenes de guerra.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Para una revisión más exhaustiva de las actividades de la Fiscalía en esta etapa véase Oficina de la Fiscalía, *Report on Preliminary Examination Activities*, 13 de diciembre de 2011.

<sup>45</sup> Véase Oficina de la Fiscalía, “Situación” en Palestina, 3 de abril de 2012, párr. 5, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9B651B80-EC43-4945-BF5A-FAFF5F334B92/284387/SituacionPalestine030412ENG.pdf>.

<sup>46</sup> Véase Oficina de la Fiscalía, “Situación” en Irak, 9 de febrero de 2006, pp. 3 y 4, [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FD042F2E-678E-4EC6-8121-690BE61D0B5A/143682/OTP\\_letter\\_to\\_senders\\_re\\_Iraq\\_9\\_February\\_2006.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FD042F2E-678E-4EC6-8121-690BE61D0B5A/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf).

<sup>47</sup> Oficina de la Fiscalía, *Report on Preliminary Examination Activities*, cit., pp. 4-5.

Aunque se identificaron hechos particulares cometidos por tropas británicas que pudieran constituir ataques contra la población civil, la Fiscalía determinó que la información proporcionada en las comunicaciones no era lo suficientemente detallada y no era apta para involucrar a naciones de Estados parte en la comisión del crimen de guerra previsto en el artículo 8 (2) (b) (iv) del ECPI, consistente en:

Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea.<sup>48</sup>

No obstante, la Fiscalía determinó que había fundamento razonable para creer que se habían cometido hechos que pudieran constituir homicidio intencional y tratos inhumanos, de conformidad con el crimen de guerra previsto en el artículo 8 (2) (a) (i) y (ii); con respecto a un número todavía indeterminado de entre cuatro y doce víctimas del primer supuesto y por lo menos 20 del segundo.<sup>49</sup>

Una vez determinado que existía fundamento razonable para creer que se habían cometido dichos crímenes de guerra se pasó al análisis de la admisibilidad. Una primera reflexión en cuanto a este tema es que la Fiscalía procedió a revisar la gravedad suficiente de forma directa. No se hace mención alguna con respecto a la falta de voluntad o falta de capacidad en la investigación o procesos.

Los números mencionados en líneas anteriores fueron determinantes en la decisión de no iniciar una investigación, pues la Fiscalía consideró que era un número de víctimas muy reducido como para iniciar una investigación. En un primer momento consideró que el artículo 8 (1) contiene un umbral de gravedad particular para esta clase de crímenes. Podemos suponer que se trata de una norma especial que sustituye a la general prevista en el artículo 17 (1) (d) y su correlativo 53 (1) (b) de forma genérica de este requisito de admisibilidad. Dicho precepto esta-

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 8.

blece: “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.<sup>50</sup>

A pesar de que la Fiscalía señaló que hay otros factores que se consideran al evaluar la gravedad, lo cierto es que el único factor que consideró fue el número de víctimas. Además, comparó los números en Irak con los de otras situaciones que ya se estaban investigando como Uganda, la República Democrática del Congo y Sudán, donde las víctimas se cuentan en miles.<sup>51</sup> No obstante, la doctrina ha criticado que hay casos con pocas víctimas que potencialmente pudieran abrirse como el bombardeo de Corea del Norte.<sup>52</sup>

En Venezuela, el método de análisis en la potencial situación no fue muy diferente. La Fiscalía también comenzó su análisis estudiando la competencia de la CPI. Sin embargo, aunque determinó que se acreditaba la competencia personal, territorial y temporal, no consideró que se comprobaran los aspectos materiales.<sup>53</sup> La Fiscalía consideró que los casos de homicidio, encarcelación, tortura y persecución reportados no constituyán ni hubieran constituido crímenes de lesa humanidad, dado que no había circunstancias para comprobar un ataque generalizado o sistemático.<sup>54</sup>

De este caso se desprenden dos conclusiones interesantes. En primer lugar, la Fiscalía hizo notar que las víctimas potenciales eran pocas en número: 45 de homicidio, de 39 a 44 de encarcelación, 42 de tortura y un número indeterminado de persecución. Aunque esto no formó parte del análisis de los elementos contextuales, la lógica parece ser la misma que en Irak.

Otra similitud es la calidad de la información. Se enfatizó mucho que la información proporcionada no era lo suficientemente precisa; en

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> Véase Oficina de la Fiscalía, “Situación” en Irak, cit., pp. 8 y 9.

<sup>52</sup> Véase De Guzman, Margaret M., “Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, invierno de 2012, p. 285.

<sup>53</sup> Véase Oficina de la Fiscalía, “Situación” en Venezuela, 9 de febrero de 2006, pp. 2 y 3, [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9A563872-C2CE-4AF2-88E1-25E959CC63DD/143684/OTP\\_letter\\_to\\_senders\\_re\\_Venezuela\\_9\\_February\\_2006.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9A563872-C2CE-4AF2-88E1-25E959CC63DD/143684/OTP_letter_to_senders_re_Venezuela_9_February_2006.pdf).

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 4.

particular no se determinaba la fecha, lugar de comisión y los nombres de las víctimas.<sup>55</sup> Además, también se consideró que las comunicaciones venían de los opositores políticos, lo cual presumiblemente les restaba credibilidad.<sup>56</sup>

En este sentido, es importante también analizar la situación en Mali, que recientemente fue objeto de una apertura de investigación. Aunque esta cuestión se inició en virtud de una autorremisión, la Fiscalía emitió un reporte en el que, por primera vez, se expresan públicamente las razones por las que se decidió abrir la investigación.<sup>57</sup> El esquema analítico empleado en este caso es muy parecido a los casos en los cuales se inicia de oficio la investigación, lo cual no podría ser de otra manera dado que en ambos casos la base se encuentra en el artículo 53 del ECPI.

Al respecto, comprobar la competencia personal, territorial y temporal no representó mayores dificultades.<sup>58</sup> En cuanto a la comisión de crímenes de competencia de la CPI, se determinó que existía fundamento razonable para creer que se habían cometido crímenes de guerra de muy diversa índole.<sup>59</sup> También se consideró que no hay elementos para establecer un fundamento razonable de que se hayan cometido crímenes de lesa humanidad, al no superar este umbral los elementos contextuales.<sup>60</sup>

Al continuar con el análisis basado en el artículo 53 (1) se entra al estudio de la complementariedad. Dado que Mali remitió su propia situación, se presupone que no hay voluntad o capacidad para realizar las investigaciones.<sup>61</sup> Consecuentemente, el estudio se centró en la gravedad.

La Fiscalía señaló que el estudio de la gravedad es cuantitativo y cualitativo. Así mismo, de conformidad con el Reglamento de la Oficina del Fiscal, se tomarán en cuenta (1) la escala, (2) la naturaleza, (3) la forma de comisión de los crímenes y (4) su impacto.<sup>62</sup> En los párrafos

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>56</sup> *Idem*.

<sup>57</sup> Véase Oficina de la Fiscalía, *Report in Mali - Article 53 (1) Report*, 16 Enero 2013.

<sup>58</sup> *Ibidem*, párrs. 42- 45.

<sup>59</sup> *Ibidem*, párr. 126 y 133.

<sup>60</sup> *Ibidem*, párr. 132.

<sup>61</sup> *Ibidem*, párr. 136.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párrs. 142 y 143.

siguientes se hace un desglose muy puntual de estos cuatro factores por región.<sup>63</sup> Lo interesante de este análisis es que no sólo se toman en consideración factores cuantitativos, por el contrario, solamente bajo el rubro de “escala” se toman en consideración el número de víctimas o bienes afectados.

Aun así, y sin entrar en una perversa comparación de números de víctimas, parece importante señalar que las cifras de la Fiscalía son más parecidas a las de las situaciones en las que no inició una investigación que a las de las situaciones que actualmente están bajo investigación.

Por último, no se consideró que hubiera un interés de la justicia para no proceder a la investigación. Esta parte es congruente con el artículo 53 (1) que establece la carga probatoria en sentido negativo.<sup>64</sup>

La situación en Colombia es un tema que se debe manejar aparte de los casos mencionados anteriormente. En primer lugar, es probablemente la situación que no ha sido objeto de una investigación que ha sido estudiada con mayor detalle y profundidad, tanto en la doctrina, como por la Fiscalía. Además, a diferencia de las situaciones anteriormente descritas, el examen preliminar sigue en curso, pues no se ha tomado una decisión de investigar todavía.<sup>65</sup>

Como es ya costumbre, la Fiscalía empieza su análisis mencionando los requisitos que de conformidad con el artículo 53 (1) deben comprobarse con base en el estándar probatorio del fundamento razonable.<sup>66</sup> Lo que resulta novedoso de este reporte es que hace un recuento de la información que toma en consideración para formular sus decisiones y el reporte correspondiente. Aunque las fuentes de información son casi exclusivamente gubernamentales, se hace énfasis en el estado que guardan los procesos, tanto los ordinarios como los que se llevan a cabo conforme a la Ley de Justicia y Paz.<sup>67</sup> No obstante, la Fiscalía también

<sup>63</sup> *Ibidem*, párrs. 144 y ss.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párrs. 171 y 172.

<sup>65</sup> Para un análisis más puntual de la situación en Colombia véase Olásolo Alonso, Héctor, “¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar en Colombia, pero no abre una investigación al respecto?”, *Iter Criminis*, núm. 7, Quinta Época, julio-agosto de 2012, pp. 25-83.

<sup>66</sup> Véase Oficina de la Fiscalía, “Situación” en Colombia, *Reporte Intermedio*, noviembre de 2012, párr. 23.

<sup>67</sup> *Ibidem*, párr. 28.

retoma reportes de la sociedad civil<sup>68</sup> o de entidades internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,<sup>69</sup> para demostrar la comisión de crímenes internacionales en lo particular.

La información sobre estos procesos hace suponer que el actual análisis descansa más en el tema de la admisibilidad; en otras palabras, en que dichos procesos se realicen de forma legítima, que en comprobar que la CPI es competente; lo cual parece suponerse, como ya fue establecido, por lo menos conforme al umbral de fundamento razonable.

Confirmando la aseveración anterior, la Fiscalía da por comprobados, a nivel de fundamento razonable la comisión de crímenes de lesa humanidad, por lo menos a partir del 10. noviembre de 2002 cometidos por agentes del Estado, pero también por entidades no estatales.<sup>70</sup>

Los aspectos más relevantes para el presente análisis se desprenden del estudio de complementariedad. Siguiendo la jurisprudencia ya elaborada por la CPI, la Fiscalía aclara que en una etapa de examen preliminar todavía no hay un “caso” como tal, entendido como una serie de hechos, imputados y cargos identificados. Por el contrario, se trata de “casos potenciales”. No obstante, éstos no implican establecer una responsabilidad penal, sino que se deben entender solamente con el propósito de hacer un examen de admisibilidad.<sup>71</sup>

Para tal estudio se toman en cuenta dos factores: 1) si hay procesos en curso contra las personas más responsables, y 2) de existir éstos, si se están realizando de forma genuina (*genuinely*).<sup>72</sup> En la potencial situación en Colombia, como resulta evidente que hay investigaciones, el análisis se concentra en determinar si las personas más responsables son sujetos de dichas investigaciones y procesos. En otras palabras, analizar el proceso de priorización del Estado Colombiano.<sup>73</sup> Así, la Fiscalía

<sup>68</sup> *Ibidem*, párr. 44 Como un ejemplo de un reporte de Amnistía International y otras organizaciones que documentan ataques de las FARC en contra de la comunidad afrodescendiente.

<sup>69</sup> *Ibidem*, párr. 90. En este ejemplo se ve como se emplean reportes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para acreditar la violencia sexual como crimen de lesa humanidad.

<sup>70</sup> *Ibidem*, párr. 31.

<sup>71</sup> *Ibidem*, párrs. 155 y 156.

<sup>72</sup> *Ibidem*, párrs. 157 y 158.

<sup>73</sup> Para profundizar más en dicho proceso de priorización véase, Fiscalía General de la Nación, *Directiva 001*, 4 de octubre 2012, <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/>

identifica procesos en contra de líderes de los grupos armados, paramilitares, jefes de la policía y fuerzas armadas y políticos vinculados con grupos armados.<sup>74</sup> No obstante, con posterioridad en el reporte menciona que falta iniciar procesos contra los líderes de las respectivas organizaciones.<sup>75</sup>

A pesar de que la Fiscalía reconoce que muchos de estos procesos se han realizado de forma genuina, también menciona dos aspectos que pudieran tener repercusiones en materia de debido proceso. Como este aspecto se analizará posteriormente, aquí solamente se menciona: (1) que se han realizado juicios en ausencia y (2) se reconoce que hay procesos distintos para los paramilitares vía la Ley de Justicia y Paz.<sup>76</sup> Estos procesos que implican la reducción de sentencias serán evaluados con base en la posibilidad de servir para establecer la verdad y con base en la proporcionalidad de las penas impuestas (que no sean demasiado bajas).<sup>77</sup>

En cuanto a este último punto, resulta importante notar que la Fiscalía considera acertado que el gobierno colombiano priorice casos de paramilitares de la década de los noventa del siglo pasado y antes, dado que estos casos no entrarían bajo la competencia de la CPI.<sup>78</sup> Lo que resulta interesante de este aval es que si el Estado colombiano llevará procesos por estos hechos, entonces pareciera que la Fiscalía tiene la intención de iniciar procesos de hechos más recientes. Es como si estableciera una división de competencias entre el fuero nacional y la CPI con base en un criterio temporal. Entonces al parecer la complementariedad positiva opera en dos sentidos. Al nivel nacional le corresponden los procesos contra las personas “más responsables” antes de la entrada en vigor del ECPI y a quienes no se consideran fueron líderes, ya una vez vigente este tratado internacional. Así a la CPI corresponderían los procesos de los “más responsables” en los casos en los que es competente.

*uploads/2013/02/Directiva001.pdf*. Cabe destacar que la Fiscalía de la CPI aún no se pronuncia expresamente sobre los criterios expuestos en la directiva, por lo que sería prematuro concluir si dicho proceso es compatible con el Estatuto y con el inicio de una investigación.

<sup>74</sup> Oficina de la Fiscalía, “Situación” en *Colombia, Reporte Intermedio*, cit., párr. 159.

<sup>75</sup> *Ibidem*, párr. 196.

<sup>76</sup> *Ibidem*, párrs. 161 y 164.

<sup>77</sup> *Ibidem*, párr. 206.

<sup>78</sup> *Ibidem*, párr. 167.

Del Reporte de Colombia se desprenden dos conclusiones interesantes: 1) se analiza por primera vez el concepto de las personas más responsables, equiparándolo con la noción de líder de una organización, y 2) se elaboran unos criterios preliminares para el ejercicio de la complementariedad positiva, con base en los parámetros de competencia de la CPI y la priorización de casos, enfocándose en las personas “más responsables”.

Por otra parte, existen también algunas otras situaciones que se encuentran en distintas etapas del examen preliminar.<sup>79</sup> Sin embargo, cuando se trata de remisiones por el Consejo de Seguridad no hay registro de que se haga un examen conforme al artículo 53 y la siguiente actuación de la Fiscalía es la solicitud de la emisión de órdenes de arresto.<sup>80</sup>

### *3. Los criterios judiciales*

Los criterios expuestos por la Fiscalía han sido puestos a prueba en dos ocasiones, en la situación de Kenia y en la de Costa de Marfil.

La SCP II, en la decisión de la mayoría en la autorización de apertura de investigación en Kenia, estableció las bases jurisprudenciales para tal efecto. De inicio, expresó que “fundamento razonable” es el umbral probatorio más bajo que establece el ECPI. Esto es, precisamente porque no se ha iniciado la averiguación que provea de elementos para determinar con un grado mayor de contundencia la comprobación de los criterios establecidos en el artículo 53 (1).<sup>81</sup>

Así, este umbral probatorio es referido por la SCP II en el análisis de cada uno de los elementos previstos para el inicio de las investigaciones.

<sup>79</sup> Véase Tabla 5, “Exámenes preliminares de las situaciones en Guinea, Nigeria y Corea”.

<sup>80</sup> Véase Tabla 6, “Situaciones iniciadas por remisión del Consejo de Seguridad”.

<sup>81</sup> Véase Apertura de Investigación Kenia, párr. 27; Ventura, Manuel J., “The «Reasonable Basis to Proceed» Threshold in the Kenya and Côte d’Ivoire Proprio Motu Investigation Decisions: The International Criminal Court’s Lowest Evidentiary Standard?”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, núm. 1, 2013, pp. 49-80, <http://ssrn.com/abstract=2206680>. Señalando que no se trata de un umbral probatorio más bajo, sino que lo que se tiene que comprobar es distinto. El artículo 53 es para proteger a la soberanía nacional y el artículo 58 para ordenar la detención. En otras palabras, el umbral es el mismo pero lo que se afecta con la intervención de la CPI es diferente.

Para el caso de la competencia de la CPI, se dice que “fundamento razonable solamente requiere un estudio de que se está actuando dentro de los parámetros legales previstos en el ECPI”.<sup>82</sup>

Para comprobar la admisibilidad, la SCP II correctamente empieza por distinguir entre “caso”, que implica la identificación de una persona vinculada a hechos que pudieran ser constitutivos de crímenes competencia de la CPI, y “situación”, que implica una relación compleja de hechos en donde se pudieran identificar una o varias personas que han cometido uno o varios crímenes competencia de la CPI.<sup>83</sup> Consecuentemente, lo que analizarán serán “casos potenciales”.<sup>84</sup> La identificación de “casos potenciales” implica establecer el grupo de personas que pudieran ser el sujeto de la investigación (*likely to be the focus of the investigation*), así como los crímenes de la competencia de la CPI que pudieran ser objeto de la misma (*likely to be the focus of the investigation*).<sup>85</sup> Estos casos potenciales serán entonces analizados conforme a los criterios de admisibilidad ya previstos en casos anteriores.<sup>86</sup>

La SCP II solamente agrega que los grupos que se identifiquen deben contener miembros que pudieran ser las personas más responsables,<sup>87</sup> que los crímenes son aquellos considerados más graves, y que en esta etapa previa a la investigación, la evaluación solamente se puede realizar con base en el *modus operandi* de su comisión.<sup>88</sup>

Estos factores son importantes dado que establecen parámetros distintos a los estrictamente cuantitativos que la Fiscalía había empleado hasta este momento. Lo cual puede entenderse como un control judicial efectivo sobre ese cuestionable criterio de política criminal propuesto.<sup>89</sup>

<sup>82</sup> *Ibidem*, párr. 37.

<sup>83</sup> *Ibidem*, párr. 44.

<sup>84</sup> *Ibidem*, párr. 48.

<sup>85</sup> *Ibidem*, párr. 50.

<sup>86</sup> *Ibidem*, párrs. 53 y ss. Véase también tabla 5.

<sup>87</sup> Véase Apertura de Investigación Kenia, párr. 60.

<sup>88</sup> *Ibidem*, párr. 61.

<sup>89</sup> Sobre la importancia de los criterios cualitativos véase Heller, Kevin Jon, “Situational Gravity Under The Rome Statute”, en Stahn, Carsten y Van Den Herik, Larissa (eds.), *Future Directions In International Criminal Justice*, CUP, 2009, en <http://ssrn.com/abstract=1270369>.

Sólo basta agregar que no se hace un análisis sobre el interés de la justicia dado que esto sólo es requerido cuando la Fiscalía decide no abrir la investigación.<sup>90</sup>

Así, al aplicar estos criterios de admisibilidad, la SCP II estableció que no había una intención genuina de las autoridades kenianas de iniciar investigaciones, a pesar de que se planteó la posibilidad de crear un tribunal especializado;<sup>91</sup> que no hay investigaciones en contra de los líderes empresariales y políticos potencialmente involucrados en la comisión de crímenes de lesa humanidad;<sup>92</sup> que el número de homicidios (entre 1133 y 1220), violaciones (900), desplazamientos (350 000) y lesiones (6) documentados es muy elevando;<sup>93</sup> que dichas conductas se realizaron con un alto grado de brutalidad y con una afectación considerable a las víctimas.<sup>94</sup> Estos elementos fueron suficientes para determinar que la situación era admisible.<sup>95</sup>

Un dato interesante de esta resolución es que la SCP II limitó el alcance de la investigación que se puede realizar. Estableció que ésta debe tomar en cuenta hechos entre 2005 y 2009;<sup>96</sup> además de que debe considerarse únicamente la comisión de crímenes de lesa humanidad<sup>97</sup> en el territorio de Kenia.<sup>98</sup> La segunda limitación pudiera ser problemática, dado que en el transcurso de la investigación pudieran surgir datos en el sentido de que se cometió un genocidio o, aunque menos probable, crímenes de guerra. La Fiscalía misma aceptó que la violencia poselectoral, que es la base de la situación, tiene componentes étnicos.<sup>99</sup> Si se llegara a comprobar que hubo una intención (no necesariamente concreción) de su destrucción parcial podría haber un nuevo crimen internacional materia de la acusación. Al limitarse a crímenes de lesa humanidad ya no es posible iniciar procesos por genocidio.

<sup>90</sup> *Ibidem*, párr. 63.

<sup>91</sup> *Ibidem*, párr. 183.

<sup>92</sup> *Ibidem*, párr. 187.

<sup>93</sup> *Ibidem*, párr. 190.

<sup>94</sup> *Ibidem*, párrs. 193 y 194.

<sup>95</sup> *Ibidem*, párr. 200.

<sup>96</sup> *Ibidem*, párr. 207.

<sup>97</sup> *Ibidem*, párr. 209

<sup>98</sup> *Ibidem*, párr. 211.

<sup>99</sup> *Ibidem*, párr. 107.

La resolución de apertura de investigación en Costa de Marfil aporta pocos elementos adicionales a la presente discusión, en gran medida porque se trata de una solicitud de investigación aportada por el propio Estado de conformidad con el artículo 12 (3) del ECPI. Consecuentemente los temas competenciales que se pudieran analizar están dados y no requieren mayor análisis.<sup>100</sup> En todo caso, sólo se estudió la competencia material para establecer que las acusaciones se llevarán a cabo por crímenes de lesa humanidad<sup>101</sup> y crímenes de guerra;<sup>102</sup> aunque a diferencia de la situación en Kenia, la SCP III permite que ésta se amplíe con los nuevos datos aportados.<sup>103</sup>

Lo que resulta interesante de esta resolución es que a pesar de que se trata de una solicitud emitida por un Estado no parte al ECPI, se hace un análisis de admisibilidad. Se establece que no se han iniciado investigaciones o, por lo menos no por crímenes competencia de la CPI; sino por delitos económicos o contra el Estado.<sup>104</sup> Aquellos procesos abiertos no son en contra de las personas consideradas las más responsables, incluyendo investigaciones en contra de miembros del actual régimen.<sup>105</sup> Para el análisis de la gravedad se repite el criterio de “casos potenciales”. Éste se dio por comprobado bajo el umbral de “fundamento razonable” debido a que no hay investigaciones en curso contra los más responsables, identificados como líderes políticos y militares, por los crímenes competencia de la CPI.<sup>106</sup> Tampoco hubo necesidad de analizar el concepto de “interés de la justicia”.<sup>107</sup>

En conclusión, la resolución de apertura de investigación en Costa de Marfil es solamente la reiteración y reconocimiento de la SCP III de los criterios de la SCP II en esta etapa pre-procesal.

<sup>100</sup> Situation in the Republic of Côte d’Ivoire, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire, Pre-Trial Chamber III, 3 October 2011(en adelante “Apertura de Investigación Costa de Marfil”), párrs. 10-15.

<sup>101</sup> *Ibidem*, párrs. 90 y 116.

<sup>102</sup> *Ibidem*, párr. 172

<sup>103</sup> *Ibidem*, párr. 212.

<sup>104</sup> *Ibidem*, párr. 197.

<sup>105</sup> *Ibidem*, párr. 198.

<sup>106</sup> *Ibidem*, párr. 206.

<sup>107</sup> *Ibidem*, párrs. 207 y 208.

#### 4. Complementariedad positiva

La complementariedad positiva es todavía un concepto que sigue en formación y que ha sido poco abordado por la doctrina, en donde todavía se trata como un aspecto marginal de las funciones de la Fiscalía. Al respecto, este estudio, retoma el concepto de Cedric Ryngaert: “Básicamente, la complementariedad positiva significa que la CPI y el Estado cooperan con el objetivo de llevar a los criminales internacionales ante la justicia. Para tal efecto, la CPI impulsa procesos nacionales de forma positiva. Además, la CPI y el Estado pueden decidir que dividirán tareas”. Esto quedó claramente ejemplificado por la situación de Colombia en donde la Fiscalía ha sido muy paciente con el Estado y sus esfuerzos por llevar a cabo procesos internos. Igualmente, la división de tareas está claramente ilustrada por la estrategia de priorización descrita líneas arriba.

Para efectos del presente estudio lo que debe destacarse es que la complementariedad positiva es otro ámbito de discrecionalidad para la Fiscalía, pues corresponde a ésta determinar cuándo los procesos internos son legítimos y cuándo no lo son. Hasta el momento esto ha sido problemático dado que los criterios empleados son claramente divergentes. De igual forma, la Fiscalía ha mostrado mucha tolerancia con Colombia, esta situación contrasta con lo sucedido en Kenia. Este Estado mostró voluntad de llevar a cabo los procesos, incluso creando tribunales especializados para la situación, no obstante la Fiscalía solicitó la apertura de la investigación sin esperar a ver cómo se desarrollaban dichos procesos nacionales.

No se discute que la Fiscalía tiene un alto grado de discrecionalidad en esta etapa; sin embargo, es un abuso de dicha facultad cuando los criterios que se emplean no son claros y los resultados son tan divergentes como los de Colombia y Kenia. Sería oportuno que dicho órgano publicara un *policy paper* para establecer las condiciones de la complementariedad positiva y, sobre todo, cuándo se podrá determinar que ésta ha fracasado y se vuelve necesario solicitar la apertura de una investigación.

Cabe notar que según la normatividad descrita líneas arriba, las SCP no están facultadas para hacer una revisión de los procesos de complementariedad positiva como la situación de Colombia, de tal manera que insten a la Fiscalía a iniciar una investigación. Potencialmente, se puede mantener la situación colombiana en suspenso indefinido. Sobre todo porque el examen preliminar continúa abierto, es decir, tampoco hay un reconocimiento de que los procesos nacionales se están realizando a satisfacción.

## 5. Conclusiones preliminares

Una conclusión preliminar es que existe un alto grado de compatibilidad entre los criterios de la Fiscalía y las SCP de la CPI.<sup>108</sup> Por ejemplo, la forma de entender los conceptos como “gravedad” y “fundamento razonable” es casi idéntica. Consecuentemente, se puede señalar que consta un aval en la revisión judicial de los *policy papers* y de los reportes de la Fiscalía. Esta retroalimentación es mutua, pues en el Reporte de Colombia se retoma lo expuesto por la SCP en la situación de Kenia.<sup>109</sup> Sin embargo, esto no sucede en todos los casos. La excepción más notable es el concepto de “interés de la justicia”, dado que no se ha impugnado ninguna de las negativas de iniciar una investigación, ni se han sometido a ningún tipo de control judicial.

Al parecer, también parece haber un alto grado de congruencia entre lo establecido en los *policy papers* y los criterios que la Fiscalía aplica en la práctica; sin embargo, hay dos casos en donde parece haber una incongruencia entre estos parámetros.

El primer aspecto que amerita comentarse es la congruencia entre establecer que los líderes y superiores serán considerados las personas

<sup>108</sup> Véase De Guzman, Margaret M., “Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court”, *cit.* Argumentando que los criterios de selección no convienen a los actores principales como los Estados, sociedad civil, comunidades afectadas y la comunidad internacional.

<sup>109</sup> Por ejemplo en el Reporte de Colombia, al momento de determinar los factores y elementos a considerar para realizar el análisis de admisibilidad se toman en consideración tanto la decisión sobre una apertura de investigación en Kenia, como en Costa de Marfil; al respecto véase, Oficina de la Fiscalía, “Situación” en Colombia, *Reporte Intermedio*, *cit.*, párrs. 154-159.

más responsables para efectos de los casos potenciales, e intentar procesar, tanto a jefes de Estado, Omar al Bashir, como a actores menores, Lubanga y Bemba.<sup>110</sup> Lo anterior con independencia de que este criterio es contrario al texto y objetivos del ECPI.

El segundo aspecto que merece un comentario especial es lo relativo a las pruebas que se emplean. De los reportes señalados líneas arriba, se comprueba que hay una tendencia a utilizar información y pruebas que pudieran resultar tendenciosas. En el caso de las autorremisiones la mayor parte de los datos aportados provienen de los gobiernos. Dicha práctica resulta incoherente con los principios rectores de la Fiscalía, que son la independencia, imparcialidad y objetividad, sobre todo en la etapa de examen preliminar.<sup>111</sup> Adicionalmente, como se verá más adelante, esto puede constituir una violación al debido proceso.

Es verdad que en reportes como el de Colombia se enfatiza el uso de fuentes externas como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los reportes de la sociedad civil. Ciertamente esta práctica matiza sustancialmente el comentario; además de que es congruente con lo establecido en el artículo 15 (2) del ECPI que, precisamente, señala la posibilidad de recurrir a estas fuentes.

Un aspecto que pudiera generar problemas a futuro es la implementación de la complementariedad positiva. En estricto sentido, no es violatoria del ECPI, por el contrario, está reconocida. Tampoco parece contravenir el derecho internacional de los derechos humanos. Consecuentemente, no se puede incluir en el apartado siguiente donde se realiza dicho análisis. No obstante, la falta de transparencia y uniformidad en su aplicación es un aspecto que debe resolverse pues genera desconfianza y resta credibilidad a la tarea de la Fiscalía, como en su momento se trató.

<sup>110</sup> Véase *The Office of the Prosecutor of the ICC - 9 Years On Analysis of the Prosecutorial Strategy and Policies of the Office of the Prosecutor (2003-2011)*, París, FIDH, núm. 579, diciembre de 2011, p. 13.

<sup>111</sup> Véase *The Office of the Prosecutor of the ICC - 9 Years On Analysis of the Prosecutorial Trial Strategy and Policies of the Office of the Prosecutor (2003-2011)*, cit., pp. 14-16 y 18. Esto es evidente en casos como Uganda y la República Centro Africana donde solamente se procesa a los miembros de un bando en el conflicto. Lo mismo ocurre en examen preliminar donde hay situaciones como Kenia que avanzan muy rápido y otras como Colombia y Afganistán que se estancan.

Además, esto no significa que esta política criminal sea compatible con el ECPI y con los derechos humanos. En el siguiente apartado se puntualizarán algunos aspectos de las prácticas aquí descritas que podrían ser *ultra vires* al ECPI o violatorias de derechos humanos. Incluso, en la medida en la cual este tratado reconoce diversas normas de derechos humanos, posiblemente se estarían violando ambos cuerpos normativos.

#### IV. ANÁLISIS NORMATIVO DE LOS CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL DE LA FISCALÍA

En este apartado se analizarán los criterios de política criminal sistematizados en los apartados anteriores a la luz del texto del ECPI y de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Se describirán los casos en los cuales las aperturas de investigación pueden ser contrarias al ECPI. No se trata de una lista exhaustiva, sino sólo de casos que pudieran entrar en conflicto.

##### 1. *Congruencia con el ECPI y el debido proceso*

La base de este análisis se encuentra en el propio ECPI. El artículo 21 (1) establece que la fuente primaria del sistema de la CPI es el propio tratado, de tal forma que cualquier norma o criterio que lo contravenga deberá ser inaplicado.<sup>112</sup> A la par, el párrafo 3 del mismo artículo señala en lo relevante: “La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos...”. Esta disposición obliga a examinar e interpretar todas las disposiciones del ECPI de conformidad con los derechos humanos, incluyendo el debido proceso. Con mayor razón, esta disposición es aplicable a la política criminal de la Fiscalía,

<sup>112</sup> En este sentido véase ECPI, artículos 9 (3) y 51 (5). Si el ECPI prevalece aun sobre los Elementos de los Crímenes y las RPP previstas también en la cúspide del sistema de normas, con mayor razón otras pautas de política criminal o normas jurídicas.

aunque haya sido avalada por los órganos judiciales, pues ellos también están sujetos a esta norma.

## *2. Selección de personas consideradas las más responsables*

Como se vio en el apartado anterior, el criterio establecido en los apartados anteriores para seleccionar a las personas que serán sujeto de investigación ante la CPI es el de las “personas más responsables”. El problema es que, como también ya se vio, este concepto se equipara con el de los líderes o superiores jerárquicos del Estado o de las organizaciones que cometan las conductas constitutivas de crímenes competencia de la CPI. Este parámetro tiene varios problemas.

El primero es que se contravienen diversas disposiciones del ECPI. En efecto, suponer que solamente los líderes o superiores jerárquicos son susceptibles de procesos ante la CPI implicaría dejar sin aplicar diversas disposiciones del tratado internacional. En primer término, el artículo 33 que establece las órdenes del superior jerárquico. Si los redactores hubieran querido que sólo los líderes y superiores jerárquicos fueran procesados, no hubieran incluido esta disposición.

Lo mismo ocurre con varias de las hipótesis normativas sobre responsabilidad penal individual previstas en el artículo 25 del ECPI. Sería poco probable que los altos mandos cometan materialmente alguno de estos crímenes<sup>113</sup> o que sean cómplices o encubridores.<sup>114</sup> De ser así, también sería superfluo hablar de “ordenar” como una forma de autoría,<sup>115</sup> pues se sobreentiende que los mandos cometan estas conductas a través de sus órdenes o alguna de las formas de responsabilidad del superior jerárquico previstas en el artículo 28 del ECPI.

Claramente, los redactores del ECPI y los países que ratificaron el tratado no tuvieron la intención de que se procesara solamente a los mandos, de lo contrario no hubieran incluido estas disposiciones. Esta fue una decisión de política criminal legislativa que está íntimamente

<sup>113</sup> Véase artículo 25 (3) (a), ECPI.

<sup>114</sup> Véase artículo 25 (3) (c), ECPI.

<sup>115</sup> Véase artículo 25 (3) (b), ECPI.

ligada a la voluntad de los Estados para establecer los contornos de la responsabilidad penal internacional en esta jurisdicción.

Además cabe formularse la pregunta: ¿con este criterio de la Fiscalía se cumplen los objetivos del ECPI? Con base en el preámbulo de este tratado internacional se pueden identificar algunos objetivos para el establecimiento de la CPI. El párrafo 5 establece: “Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes...”.

Parecería extraño suponer que con sólo procesar a los líderes y superiores jerárquicos se logrará este fin. ¿No contribuiría a este fin el procesar a los autores materiales que actúan con especial brutalidad? ¿O a quienes pudieran cometer nuevos crímenes en un futuro como los mercenarios?

La Fiscalía tiene suficientes herramientas en su discreción para seleccionar casos como para considerar otro tipo de factores. No niego que es importante procesar a los líderes y superiores jerárquicos, pero no de forma exclusiva pues esto contraviene el texto del ECPI que, junto con los derechos humanos, debe ser su límite de actuación.

### *3. Exclusión de interés de la paz*

La Fiscalía ha sido enfática en señalar que el concepto de interés de la justicia no incluye el interés por la paz, cuestión que debe ser estudiada preferentemente por órganos políticos como el Consejo de Seguridad. Si bien, en principio pareciera que esta consideración es acertada, surge la duda si la misma no contraviene los objetivos del ECPI. Nuevamente, al recurrir al Preámbulo del tratado internacional se puede observar que la paz es uno de los objetivos que se busca con el establecimiento de la CPI:

Reafirmando los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas...

Consecuentemente, cualquier determinación que tome la Fiscalía debe tomar en cuenta los objetivos del ECPI, dentro de los que claramente se cuenta el mantenimiento de la paz. En otras palabras, el iniciar o no una investigación en aras del mantenimiento de la paz o conseguir ésta es una de las consideraciones que debe tomar en cuenta la Fiscalía.

El artículo 16 del ECPI, reiterando lo establecido en la Carta de Naciones Unidas, establece la posibilidad de que el Consejo de Seguridad suspenda una investigación o proceso en favor del mantenimiento de la paz y seguridad de la humanidad. No obstante, como el propio texto indica, se trata de una investigación ya iniciada, no se refiere al examen preliminar. Así, una lectura congruente del ECPI y sus objetivos lleva a la conclusión de que en la etapa de examen preliminar esta tarea le corresponde a la Fiscalía y una vez iniciada la investigación o proceso, la facultad es del Consejo de Seguridad. Consecuentemente, este criterio también obstaculiza los objetivos del ECPI. Una interpretación opuesta contravendría la independencia de la Fiscalía prevista en el artículo 42 (5) como una obligación de este órgano de la CPI.

#### *4. Autorremisiones*

La Fiscalía ha establecido que fomentará autorremisiones, dado que es una de las mejores maneras de garantizar la cooperación del Estado. Esto es de innegable importancia, pero puede ir en detrimento del debido proceso.

En primer lugar, la Fiscalía pierde su imparcialidad y objetividad, no sólo en menoscabo de los principios rectores que la misma ha fijado, sino en violación al ECPI<sup>116</sup> y a las reglas básicas aplicables a los órganos acusadores. En efecto, la dependencia de la Fiscalía en la cooperación del Estado que remite hace que la información o pruebas aportadas no apoyen imputaciones en contra de los miembros del régimen o que estén dirigidas a inculpar a los opositores políticos. Este es, precisamente, uno de los criterios de objetividad e imparcialidad previstos en el punto 13 (a) de las Directrices sobre la Función de los Fiscales:<sup>117</sup>

<sup>116</sup> Véase artículos 42 (7) y 45, ECPI.

<sup>117</sup> Véase *Directrices sobre la Función de los Fiscales*, Octavo Congreso de las Naciones Unidas

“Desempeñaran sus funciones de manera imparcial y evitarán todo tipo de discriminación política, social, religiosa, racial, cultural, sexual o de otra índole”. Para un órgano internacional, la no discriminación política incluye no inmiscuirse en asuntos internos.<sup>118</sup>

A manera de ejemplo, esta es la situación que se vive en la República Democrática del Congo y en Costa de Marfil.

## 5. Otros aspectos

Las posibles violaciones al ECPI y a los derechos humanos que se plantearon en este apartado son el resultado del análisis de la postura de la Fiscalía en los *policy papers* y en la práctica según los reportes que hasta el momento ha emitido. No significa que sea una lista exhaustiva de contravenciones o posibles contravenciones. Otros estudios han identificado un deterioro en el derecho de acceso a la justicia de las víctimas debido a las demoras injustificadas en la etapa de examen preliminar<sup>119</sup> y a restricciones en la participación que pueden tener.<sup>120</sup>

Igualmente, resulta alarmante que la Fiscalía acepte juicios en ausencia llevados a cabo en Colombia; aunque también es importante manifestar que no hay una prohibición tajante a esta práctica en el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>121</sup> Aunque el ECPI establece dicha prohibición según el artículo 63 (1), en el que se requiere la presencia del acusado en la etapa de juicio, ciertamente no hay unanimidad tampoco en el marco del derecho penal internacional.<sup>122</sup>

sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ONU documento núm. Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1, 1990, p. 18.

<sup>118</sup> Véase Jurdi, Nidal Nabil, “Some Lessons on Complementarity for the International Criminal Court Review Conference”, *cit.* Explicando cómo los Estados han usado a las autorremisiones y a la CPI como un instrumento de política interna.

<sup>119</sup> Véase *The Office of the Prosecutor of the ICC - 9 Years On Analysis of the Prosecutor -Trial Strategy and Policies of the Office of the Prosecutor (2003-2011)*, *cit.*, p.20.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>121</sup> Véase Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2006, pp. 253-256.

<sup>122</sup> Véase *Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash et al.*, Decision To Hold Trial In Absentia, Special Tribunal for Lebanon, STL-II-OI/I/TC, Sala de Juicio, 1o. de febrero de 2012.

En este mismo sentido, existe un riesgo de que se viole el derecho de defensa, en la medida en que las comunicaciones y las remisiones como la de Libia señalen y direccionen los exámenes preliminares señalando ya a personas que pudieran ser investigadas.<sup>123</sup> Esto lo ha resuelto la Fiscalía correctamente, al no mencionar personas en los exámenes preliminares, solamente hasta que se inicia la investigación o en casos como las remisiones del Consejo de Seguridad hasta que se libra la orden de detención.<sup>124</sup> No obstante, es muy tentador hacer este tipo de señalamientos, y debido a que sólo las víctimas tienen participación en esta etapa preprocesal según el artículo 15 (3), pudiera verse afectado el derecho de defensa.<sup>125</sup>

## V. CONCLUSIONES

El marco jurídico para la apertura de investigaciones ante la CPI aporta a la Fiscalía un amplio margen de decisión cuando las situaciones se inician de oficio. Si bien, el esquema prevé controles judiciales por las SCP mediante la autorización para iniciar la etapa de investigación, éstos sólo operan cuando se hace una solicitud. Esta posibilidad no está presente cuando se decide no activar el mecanismo. En este caso la discrecionalidad del órgano es plena.

Que la Fiscalía de la CPI tenga un amplio margen de discrecionalidad no es en sí un problema, incluso puede ser una herramienta importante para defender su independencia frente a actores externos como el Consejo de Seguridad. En estas circunstancias el límite que tiene para su actuación es el marco normativo que establece, primordialmente, el ECPI y los derechos humanos.

<sup>123</sup> Véase Remisión de la Situación en Libia, Resolution 1970 (2011), Consejo de Seguridad, 11 febrero 2011; véase también, De Guzman, Margaret M., “Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court”, *cit.*, pp. 274-276, y Tabla 6.

<sup>124</sup> Véase Jacobs, Dov, “A Samson at the International Criminal Court: The Powers of the Prosecutor at the Pre-Trial Phase”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Estados Unidos, vol. 6, núm. 2, 2007, pp. 322-324.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 333.

Es de reconocerse que la Fiscalía ha realizado un esfuerzo importante en brindar transparencia al publicar los *policy papers* donde delinea los criterios de política criminal para la etapa de examen preliminar y otras facetas de su función.

Gracias a este ejercicio de transparencia es posible analizar la actuación de la Fiscalía. Contrario a lo que pudiera pensarse, hay un alto grado de congruencia entre lo que se ha establecido como criterios de política criminal y lo que se analiza en los casos concretos, y entre éstos y los criterios judiciales. Dicha concordancia contribuye a fortalecer la seguridad jurídica de los individuos que eventualmente pudieran ser sujetos de una investigación. En la medida en la cual se sigan los pasos y criterios previstos en los *policy papers* hay una autolimitación a la discrecionalidad que permite el ECPI.

Los problemas más serios vienen cuando se contrasta esta política criminal con el ECPI y con los derechos humanos, en particular con el debido proceso. Se identificaron varios aspectos que pudieran ir en contra del texto del ECPI o de sus objetivos, tal y como fueron plasmados en el preámbulo del tratado.

Definir estos aspectos es importante para legitimar a la CPI e impedir que sea usado como un instrumento político a nivel nacional y por instancias internacionales.

Al aplicar estas conclusiones a exámenes preliminares futuros se puede señalar que la Fiscalía es bastante predecible en cuanto a los criterios de política criminal que emplea, por lo que es posible adelantar los temas y aspectos que se analizarán. Esto permite buscar soluciones a la impunidad de forma interna, en concordancia con el principio de complementariedad, antes de que intervenga la CPI con una investigación. En todo caso habría que ver cómo evoluciona la complementariedad positiva, pues el escaso análisis doctrinal y la inconsistencia mostrada en las situaciones de Colombia y Kenia no dejan claro los alcances de la misma.

En cuanto a las violaciones o posibles violaciones al ECPI y al debido proceso cabe notar que se trata de un tema que ha sido explorado doctrinalmente, pero no ha sido puesto a consideración de los órganos judiciales de la CPI. La excepción es el concepto de “más responsables” y su equiparación con los líderes y superiores jerárquicos. El rechazo de la Sala de Apelaciones a dicho criterio hace suponer que las discre-

pancias entre la política criminal y el ECPI son aspectos que pueden ser impugnados por los Estados en examen preliminar o, eventualmente, por los acusados, aunque las SCP no lo hagan. Claramente, lo mismo aplica respecto del debido proceso, dado que muchos de sus aspectos se encuentran previstos en el ECPI o forman parte del marco jurídico aplicable de conformidad con el artículo 21 del tratado.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

### *Libros y artículos*

- AMBOS, Kai y STEGMILLER, Ignaz, “Prosecuting International Crimes at the International Criminal Court: is There a Coherent and Comprehensive Prosecution Strategy?”, *Crime, Law and Social Change*, Países Bajos, vol. 58, núm. 4, 2012.
- BERGSMO, Morten y KRUGER, Pieter, “Investigation and Prosecution”, en TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law*, 2a. ed., Munich, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2008.
- CERDA LUGO, Jesús, *Política criminal, política criminológica o política contra el criminal*, México, Universidad Tecnológica de Sinaloa, 2001.
- DE GUZMÁN, Margaret M., “Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, invierno de 2012.
- GOLDSTON, James A., “More Candour about Criteria The Exercise of Discretion by the Prosecutor of the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, 2010, Vol. 8, núm. 2.
- HANSEN, Thomas Obel, “A Critical Review of the ICC’s Recent Practice Concerning Admissibility Challenges and Complementarity”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, 2012.
- HELLER, Kevin Jon, “Situational Gravity Under The Rome Statute”, en STAHL, Carsten y VAN DEN HERIK, Larissa (eds.), *Future Directions In International Criminal Justice*, CUP, 2009, en <http://ssrn.com/abstract=1270369>.

- JACOBS, Dov, “A Samson at the International Criminal Court: The Powers of the Prosecutor at the Pre-Trial Phase”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 6, núm. 2, 2007.
- JURDI, Nidal Nabil, “Some Lessons on Complementarity for the International Criminal Court Review Conference”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 34, 2009.
- KELLER, Linda M., “Comparing the ‘Interests of Justice’: What the International Criminal Court Can Learn From New York Law”, *Washington University Global Studies Law Review*, núm. 1, vol. 12, 2013, <http://ssrn.com/abstract=2033514>.
- MARKOVIC, Milan, “The ICC Prosecutor’s Missing Code of Conduct”, *Texas International Law Journal*, vol. 47, núm. 1, 2011.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Dogmática penal y política criminal”, *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI* (Coloquio Internacional), México, INACIPE, 1996.
- OLÁSOLO ALONSO, Héctor, ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar en Colombia, pero no abre una investigación al respecto?, *Iter Criminis*, núm. 7, Quinta Época, julio-agosto de 2012.
- THE Office of the Prosecutor of the ICC - 9 Years On Analysis of the Prosecutorial Strategy and Policies of the Office of the Prosecutor (2003-2011), París, FIDH, núm. 579, diciembre de 2011, p. 13.
- TRECHSEL, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2006.
- TURONE, Giuliano, “Powers and Duties of the Prosecutor”, en Cassese, Antonio y Gaeta, Paola (coords.) *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. II, Oxford, John R.W.D. Jones eds., 2002
- VENTURA, Manuel J., “The ‘Reasonable Basis to Proceed’ Threshold in the Kenya and Côte d’Ivoire Proprio Motu Investigation Decisions: The International Criminal Court’s Lowest Evidentiary Standard?”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, núm. 1, 2013, <http://ssrn.com/abstract=2206680>.

## *Jurisprudencia internacional*

*Prosecutor v. Abu Garda*, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-02/05-02/09-243-Red, Primera Sala de Cuestiones Preliminares, 8 Febrero 2010

*Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, Sala de Apelaciones, 25 de septiembre de 2009.

*Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute, ICC-02/04-01/05-377, Segunda Sala de Cuestiones Preliminares, 10 de marzo de 2009.

*Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash et al*, Decision To Hold Trial In Absentia, Special Tribunal for Lebanon, STL-II-OI/I/TC, Sala de Juicio, 1 de febrero de 2012.

*Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of the Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", ICC-01/04-169, Sala de Apelaciones, 13 de Julio de 2006 reclasificada como pública 23 de septiembre de 2008.

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, Pre-Trial Chamber III, 3 de octubre de 2011.

Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, 31 de marzo de 2010.

## *Otros*

Directrices sobre la Función de los Fiscales, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del De-

lincuente, ONU documento núm. Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1, 1990.

Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Oficina de la Fiscalía, “Situación” en Colombia, *Reporte Intermedio*, noviembre de 2012.

Oficina de la Fiscalía, “Situación” en Irak, 9 de febrero de 2006, [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/690BE61D0B5A/143682/OTP\\_letter\\_to\\_senders\\_re\\_Iraq\\_9\\_February\\_2006.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/690BE61D0B5A/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf).

Oficina de la Fiscalía, “Situación” en Palestina, 3 de abril de 2012, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9B651B80-EC43-4945-BF5A-FAFF5F334B92/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf>.

Oficina de la Fiscalía, “Situación” en Venezuela, 9 de febrero de 2006, [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9A563872-C2CE-4AF2-88E1-25E959CC63DD/143684/OTP\\_letter\\_to\\_senders\\_re\\_Venezuela\\_9\\_February\\_2006.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9A563872-C2CE-4AF2-88E1-25E959CC63DD/143684/OTP_letter_to_senders_re_Venezuela_9_February_2006.pdf).

Oficina de la Fiscalía, *Annex to the “Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor”: Referrals and Communications*, septiembre de 2003.

Oficina de la Fiscalía, *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, Documento núm. ICC-01/04-01/07-1008-AnxA, 2003.

Oficina de la Fiscalía, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, octubre de 2010.

Oficina de la Fiscalía, *Policy Paper on the Interests of Justice*, septiembre de 2007.

Oficina de la Fiscalía, *Report in Mali - Article 53 (1) Report*, 16 enero de 2013.

Oficina de la Fiscalía, *Report on Preliminary Examination Activities*, 13 de diciembre de 2011.

Oficina de la Fiscalía, *Report on preliminary examinations*, 22 de noviembre de 2012.

Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

Remisión de la Situación en Libia, Resolución 1970 (2011), Consejo de Seguridad, 11 de febrero de 2011.

## VII. ANEXOS

*Tabla 1*

*Elementos para determinar el inicio de investigaciones*

<b>Elemento</b>	<b>Contenido</b>	<b>Umbral probatorio</b>
Competencia de la CPI	Material Temporal Personal	Fundamento razonable para creer
Admisibilidad	Falta de voluntad, Falta de Capacidad Gravedad Suficiente	Fundamento razonable para proceder
Interés de la Justicia	Gravedad del crimen Los intereses de las víctimas Edad o enfermedad del presunto autor Participación en el presunto crimen Otras circunstancias	Fundamento razonable para proceder

*Tabla 2*

*Revisión de la decisión de no iniciar investigación*

<b>Forma de inicio</b>	<b>Elementos faltantes</b>	<b>Facultad de Revisión de la SCP</b>	<b>Umbral probatorio</b>	<b>Consecuencia</b>
Remisión del Consejo de Seguridad	Cualquiera	A petición del Consejo de Seguridad De oficio tratándose del Interés de la justicia	Fundamento razonable para proceder	Reconsideración de la Fiscalía
Remisión de Estado Parte	Cualquiera	A petición de Estado Parte De oficio tratándose de interés de la justicia	Fundamento razonable para proceder	Reconsideración de la Fiscalía
Inicio de investigación de oficio	N/A	Autorización se otorga de oficio.	Fundamento razonable para proceder	Se inicia la investigación Se niega la autorización de iniciar.

Tabla 3

Factores a considerar para determinar la falta de voluntad, de capacidad y la gravedad suficiente

Falta de capacidad	Falta de voluntad	Gravedad Suficiente
<p>La falta de procedimientos nacionales (que se compruebe una inactividad procesal nacional) es suficiente para que se considere admisible un caso.<sup>1</sup> Esta aseveración debe realizarse con hechos concretos existentes al momento de solicitar una orden de arresto o una orden de comparecencia.<sup>2</sup></p> <p>a) Sustraer al acusado de la acción de la justicia:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- si el enfoque de la investigación, en específico se orienta a investigar a los principales responsables de los crímenes más graves o a perpetradores menores de crímenes menores;</li> <li>- que las medidas sean manifestamente insuficientes;</li> <li>- que las investigaciones se aparten de procedimientos y prácticas establecidos;</li> <li>- que se ignoren pruebas o se les dé insuficiente valor probatorio;</li> <li>- que se intimide a víctimas, testigos, o personal judicial;</li> <li>- que las conclusiones a las que se llegue sean incompatibles con las pruebas reunidas;</li> <li>- que no se asignen suficientes recursos a la investigación de que se trate, tomando en cuenta la capacidad general que se tenga; y</li> <li>- que se niegue información o cooperación con la Corte Penal Internacional<sup>3</sup></li> </ul> <p>b) Demora injustificada</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Si la demora puede ser objetivamente justificada en torno al contexto; y</li> <li>- Si existe evidencia de una falta de intención comparecer a las personas de que se trate ante la justicia.<sup>4</sup></li> <li>c) Falta de independencia</li> </ul> <p>La falta de procedimientos nacionales (que se compruebe una inactividad procesal nacional) es suficiente para que se considere admisible un caso.<sup>1</sup> Esta aseveración debe realizarse con hechos concretos existentes al momento de solicitar una orden de arresto o una orden de comparecencia.<sup>2</sup></p> <p>a) Escala de los crímenes</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Número de víctimas directas e indirectas;</li> <li>- La magnitud de los daños causados por los crímenes, en particular el daño físico o psicológico causado a las víctimas o a sus familias;</li> <li>- La extensión geográfica o temporal de los crímenes (gran intensidad de los crímenes durante un breve período o violencia de baja intensidad durante un período prolongado).</li> </ul> <p>b) Naturaleza de los crímenes</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Que se cometan crímenes con elementos específicos, tales como matanzas, violaciones y otros crímenes que involucren violencia sexual o de género;</li> <li>- Que involucren crímenes contra niños; o</li> <li>- Se trate de la imposición de condiciones de vida en una comunidad que hayan de acarrear su destrucción;</li> <li>c) Modo de comisión</li> </ul> <p>Grado de participación e intención en su comisión;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hasta qué punto los crímenes son sistemáticos o son consecuencia de una política organizada o de algún otro modo resulten del abuso del poder o del cargo oficial;</li> <li>- Que se encuentren elementos de残酷 (crueldad) particular, incluyendo la vulnerabilidad de las víctimas;</li> </ul>		

	<ul style="list-style-type: none"> <li>-La participación alegada del aparato estatal, incluyendo a los responsables de la ley y del orden, en la comisión de los presuntos crímenes;</li> <li>-Hasta qué punto el nombramiento y ceso de los investigadores, fiscales y jueces afectan el debido proceso en el caso;</li> <li>- La aplicación de un régimen de inmunidad y los privilegios jurisdiccionales de los presuntos autores;</li> <li>- La interferencia política en la investigación, procesamiento y juicio; y</li> <li>- La corrupción de los investigadores, fiscales y los jueces.<sup>7</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Que la discriminación, la violación y la violencia sexual sean un medio para destruir comunidades.</li> <li>(d) Impacto de los crímenes</li> <li>-Sus consecuencias en la comunidad local o internacional, incluyendo daño económico, ambiental y social a largo plazo;</li> <li>-Que los crímenes se cometan con el objetivo o por consecuencia del incremento de la vulnerabilidad de la población civil;<sup>8</sup> o</li> <li>-Que se realicen otros actos cuyo objeto sea aterrorizar a la población civil.<sup>9</sup></li> </ul>
--	---	---

<sup>1</sup> Oficina de la Fiscalía, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, cit., parr. 55; *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case*, ICC-01/04-01/07-1497, Sala de Apelaciones, 25 de septiembre de 2009, parr. 78.

<sup>2</sup> Véase Oficina de la Fiscalía, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, cit., parr. 55; *Prosecutor v. Joseph Kony et al., Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute*, ICC-02/04-01/05-377, Segunda Sala de Cuestiones Preliminares, 10 de marzo de 2009, parrs. 49-52.

<sup>3</sup> Véase Oficina de la Fiscalía, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, cit., parr. 69; *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment on the Prosecutors appeal against the decision of the Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutors Application for Warrants of Arrest, Article 58"*, ICC-01/04-169, Sala de Apelaciones, 13 de julio de 2006 reclassificada como pública 23 de septiembre de 2008, parrs. 69-79.

<sup>4</sup> *Ibidem*, parr. 59.

<sup>5</sup> Véase, Oficina de la Fiscalía, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, cit., parr. 61.

<sup>6</sup> *Ibidem*, parr. 63.

<sup>7</sup> *Ibidem*, parr. 64.

<sup>8</sup> *Ibidem*, parr. 65.

<sup>9</sup> *Ibidem*, parr. 70. Véase en conjunto con *Prosecutor v. Abu Garda, Decision on the Confirmation of Charges*, ICC-02/05-02/09-243-Red, Primera Sala de Cuestiones Preliminares, 8 febrero de 2010, parr. 31; Apertura de Investigación en Kenia, parr. 35.

Tabla 4

*Criterios elaborados por la Fiscalía para realizar exámenes preliminares (No incluye criterios ya previstos en el ECPI)*

<b>Principios generales de actuación</b>								
Independencia	Imparcialidad		Objetividad					
<b>Fases de análisis</b>								
Análisis de las comunicaciones o remisiones (Fase 1)								
Competencia (Fase 2)								
Admisibilidad (Fase 3)								
Interés de la justicia (Fase 4)								
Objetivos del ECPI	Existencia de procesos de paz (NO es interés de la paz)	Existencia de mecanismos no penales de actuación	Impulsar autorremisiones	Buscar complementariedad positiva				

Tabla 5

## Exámenes preliminares de las situaciones en Guinea, Nigeria y Corea

Situación	Inicio de examen preliminar	Hechos bajo investigación	Ánalisis de artículo 53	Casos potenciales	Última actuación de la fiscalía
Guinea <sup>10</sup>	14/oct/2009 (hubo 15 comunicaciones recibidas entre octubre y noviembre 2009.)	La represión de un movimiento de oposición política el 29 de septiembre de 2009 en Conakry. Se alega la comisión de Crímenes de Lesa Humanidad de desaparición forzada, asesinato, violación, violencia sexual, tortura, detenciones arbitrarias y persecución.	Se analizó competencia material, temporal y admisibilidad. Falta de capacidad y falta de voluntad en cuanto a casos potenciales de 6 individuos determinados, como ya existen procedimientos nacionales contra ellos, no es admisible la situación. Sin embargo, por complementariedad positiva se están monitoreando las investigaciones nacionales y por ello la situación continúa en examen preliminar.	si	Monitorizar los procesos nacionales con base en la complementariedad positiva con mucha cooperación por parte del Estado. Ponérse en contacto con ONG's y órganos de ONU para prestar apoyo internacional a las investigaciones nacionales.
Nigeria <sup>11</sup>	18/nov/2010 (hubo 59 comunicaciones desde el 10 de noviembre de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2012)	Violencia política generalizada y entre comunidades y milicias étnicas por el control del petróleo. Se alega la comisión de Crímenes de Lesa Humanidad de asesinato y persecución.	Se analizó competencia temporal y material.	si	Determinar que el examen avanza a la fase 3 (admisibilidad) para analizar si las autoridades nacionales están llevando procesos legítimos contra los casos potenciales identificados.
Corea <sup>12</sup>	6/dic/2010 (inicio por remisión de Corea del Sur, y ha habido comunicaciones adicionales)	Crímenes de Guerra de ataques indiscriminados a objetivos civiles y personas civiles; matar a traidores, en un contexto de conflicto armado internacional.	Se analizó competencia temporal, material y territorial	no	El 12 de octubre de 2012 Corea del Sur respondió la última solicitud de información de la Fiscalía del 13 de julio de 2011 El gobierno de Corea del Norte no ha respondido la solicitud de información de la Fiscalía del 25 de abril de 2012

<sup>10</sup> Véase Oficina de la Fiscalía, *Report on preliminary examinations*, 22 de noviembre de 2012, párrs. 141-163; véase también [http://www.ice-cpi.int/en\\_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20court/comm%20and%20ref/quinea/Pes/quinea.aspx](http://www.ice-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20court/comm%20and%20ref/quinea/Pes/quinea.aspx).

<sup>11</sup> Véase *ibidem*, párrs. 75-96; véase también [http://www.ice-cpi.int/en\\_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20court/comm%20and%20ref/nigeria/Pes/nigeria.aspx](http://www.ice-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20court/comm%20and%20ref/nigeria/Pes/nigeria.aspx).

<sup>12</sup> Véase *ibidem*, párrs. 64-74; véase también [http://www.ice-cpi.int/en\\_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20court/comm%20and%20ref/korea/Pes/korea.aspx](http://www.ice-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20court/comm%20and%20ref/korea/Pes/korea.aspx).

Tabla 6

*Situaciones iniciadas por remisión del Consejo de Seguridad*

Situación	Inicio de examen preliminar	Hechos bajo investigación	Ánalisis de artículo 53	Casos potenciales	Última actuación de la fiscalía
Sudán <sup>13</sup>	6/jun/2005 (Después de la remisión del Consejo de Seguridad del 31 de marzo de 2005)	Información no disponible	Información no disponible	No (en la remisión)	Emisión de órdenes de arresto, la última el 1 Marzo de 2012
Libia <sup>14</sup>	Remisión del 26 de febrero de 2011. Emisión de órdenes de arresto 27 de junio 2011	Información no disponible	Información no disponible	Sí, en la remisión	Emisión de órdenes de arresto el 27 de junio de 2011

<sup>13</sup> Véase Comunicado de prensa de la Corte Penal Internacional, 25 de enero de 2005. Disponible en: [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2005/P.es/the%20prosecutor%20of%20the%20icc%20opens%20investigation%20in%20darfur.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2005/P.es/the%20prosecutor%20of%20the%20icc%20opens%20investigation%20in%20darfur.aspx).

<sup>14</sup> Véase Remisión del Consejo de Seguridad, resolución 1970/2011. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/081A9013-B03D-4859-9D61-5D0B0F2F5EFA/0/1970Eng.pdf>; véase también [http://www.icc-cpi.int/EN\\_Menus/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/ICCO111/P.es/situation%20index.aspx](http://www.icc-cpi.int/EN_Menus/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/ICCO111/P.es/situation%20index.aspx).